

تأليف

الإمام الناطق المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني الحسني

رحمه الله

تحقيق

محمد يحيى سالم عزان   حميد جابر عبيد

الجزء الثالث




شرح
التجريد
في فقه الزيدية

الطبعة الأولى

١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م



مركز التراث والبحوث اليمني

صنعاء - الجمهورية اليمنية

هاتف: ٢٠٥٤٧٠ فاكس: ٢٠٥٤٥١

بريد إلكتروني: YemenHRC@y.net.ye

Yemen Heritage and Research Center

7918 Jones Branch Dr., Suite 600

Mclean, VA 22102 USA

Tel :(703) 918 4924 Fax (703) 918 4925

البريد الإلكتروني: yhrc@YemenHRC.org

WWW.ymnhrc.org


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب
النكاح

باب القول في اللواتي يحل أو يحرم نكاحهن

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله وحده، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله

مسألة: في نكاح ذات الرحم المحرم

قال قدس الله روحه: يحرم على الرجل نكاح اللواتي ذكر الله تعالى تحريمهن في كتابه بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾(النساء:٢٣)، إلى آخر الآية وهن:

الأمهات، والجدات، وإن علون.

والبنات، وبنات البنات، وإن سفلن.

والأخوات، وبنات الأخوات، وبنات الإخوة، وبنات بناتهن، وإن سفلن.

والعمات، وعمات العمات، وإن بعدن.

والخالات، وخالات الخالات، وإن بعدن.

ويحرم من الرضاع جميع اللواتي ذكرنا كما يحرم من النسب.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1].

والأصل في جميع ما ذكرنا: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِيْ حُجُورِكُمْ مِن نِسَائِكُم اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِيْنَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ (النساء:٢٣)، فدخل في قوله سبحانه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾، الجدات وجدات الجدات وإن علون؛ لأن اسم الأمهات يتناولهن.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٢/١ - ٣٤٣.

ودخل في قوله: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ بنات البنات وبناتهن، وبنات البنين وبناتهن وإن سفلن؛ لأن اسم البنات يتناولهن، لا خلاف في ذلك.

ودخل في قوله تعالى: ﴿وَعَمَّاتُكُمْ﴾ عمات العمات، وإن بعدن.

ودخل في قوله تعالى: ﴿وَخَالاتُكُمْ﴾ خالات الخالات، وإن بعدن؛ لتناول الاسم لهن.

ودخل في قوله: ﴿وَبَنَاتُ الأَخِ﴾ بناتهم، وبنات بنيهم، وبناتهن، وإن نزلن، وكذلك في قوله: ﴿وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾، لما ذكرناه من تناول الاسم لهن.

وحرم بقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ الأمهات المرضِعات، والأخوات من الرضاعة، على ما يجيء تفصيله في كتاب الرضاع.

وقلنا: يحرم من الرضاع جميع اللواتي ذكرنا كما يحرم من النسب؛ لما أخبرنا به أبو سعيد عبدالرحمن بن محمد بن حمزة الأبهري، قال: أخبرنا أبو زيد محمد بن بشر بن عبدالله الزبيري، قال: حدثنا يحيى بن نصر بن سابق الخولاني، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا عبدالله بن لهيعة، والليث بن سعد، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عراك بن مالك، عن عروة بن الزبير، أن عائشة أخبرته أن عمها من الرضاعة - يسمى أفلح - استأذن عليها، فحجبته، فأخبرت رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: « لا تحتجبي منه فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[1].

وأخبرنا أبو سعيد الأبهري، قال: أخبرنا أبو زيد محمد بن بشر، قال: حدثنا يحيى بن نصر، قال: حدثنا عبدالله بن مسلم القرشي، قال: أخبرنا مخرمة، عن أبيه، قال: سمعت حميد بن عبدالرحمن بن عوف يقول: سمعت أم سلمة زوج النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - تقول: قيل لرسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: أين أنت يا رسول اللّه عن ابنة حمزة؟ أو قيل: ألا تخطب ابنة حمزة بن عبدالمطلب؟ قال: « إن حمزة أخي من الرضاعة »[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٤٥٢/٧، وأبو عوانة في مسنده ١٠٨/٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٧٢/٢، وأبو عوانة في مسنده ١١١/٣، والبيهقي في سننه ٤٥٣/٧.

وفي حديث زيد، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: عرضت على رسول الله تزويج ابنة حمزة، قال: « إنها ابنة أخي من الرضاعة يا علي، أما علمت أن الله عزَّ وجل حرم من الرضاعة ما حرم من النسب »[1].

فدلت هذه الأخبار على أن الرضاع في باب التحريم كالنسب، ووجب أن يخص بها قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، لوجهين /٧/:

أحدهما: أن الخبر خاص، والآية عامة، وعندنا أن العام يجب أن يُبنى على الخاص.

والثاني: أن الخبر حاظر، والآية مبيحة، ومن حكم الحاظر أن يقدَّم على المبيح، ويُجعل أولى.

مسألة: في نكاح أم الزوجة ونكاح ابنتها

قال: ويحرم على الرجل نكاح أم امرأته - دخل بها أو لم يدخل - وكذلك حكم جداتها، وإن علون، ويحرم عليه ابنة امرأته إن كان دخل بها، وكذلك بناتها، وبنات بناتها، وإن سفلن؛ وكذلك بنات بنيها، وإن لم يكن دخل بها، لم يحرمن عليه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

فإن قيل: أليس قد قال الهادي - عليه السلام - في أول كتاب النكاح من (الأحكام)[3]: «ثم حرم سبحانه أمهات النساء على أزواج بناتهن إذا كانوا قد دخلوا بالبنات»؟ فكيف حكيتم عنه تحريم أم المرأة على الزوج دخل بابنتها أو لم يدخل؟

قيل له: إنَّه - عليه السلام - ذكر مهات النساء في (الأحكام) في موضعين، فقال في أول الموضعين ما حكيتَ عنه، ولم يذكر حالهن في تحليل أو تحريم إذا لم يكن الأزواج دخلوا ببناتهن، ولم يكن في هذا نقض لما حكيناه، وقال حين توسط الكتاب: لا يجوز[لرجل] أن ينكح أم امرأة ملك عقد نكاحها، دخل بها أو لم يدخل ؛ لأنها

---

(١) أخرجه أبو عوانة في مسنده ٣/١١٠.

(٢) انظر: الأحكام ٣٤٤/١.

(٣) انظر: الأحكام ٣٤٤/١، وزاد فيه: أو لم يدخلوا.

محرمة مبهمة التحريم[1]، فقطع في هذا الموضع ما كان توقف فيه في الموضع الأول، ونص عليه، وهذا يدل على أنَّه حين ذكر المسألة أولاً كان متوقفاً، وحين ذكرها ثانياً كان قاطعاً، فكان المذهب ما قطع به دون ما توقف فيه، وإلى هذا ذهب عامة الفقهاء.

وحكي عن بعض الصحابة أن أم المرأة لا تحرم إلاَّ بالدخول على ابنتها، وإليه ذهبت الإمامية.

والأصل في ذلك قول اللّه عزَّ وجل في ذكر التحريم: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ..الآية﴾، فأطلق التحريم في أمهات النساء، وجعله في بناتهن بشرط الدخول.

فإن قيل: إن من حكم الشرط إذا ورد عقيب جملة من الكلام أن يرجع إلى جميعها، وإذا كان كذلك، فالواجب أن يكون الشرط راجعاً إلى أمهات النساء كرجوعه إلى بناتهن.

قيل له: يجب رجوع الشرط إلى جميع ما تقدم إذا كان مما يصح رجوعه إليه، فأما إذا استحال ذلك، فلا يجب، ويجب رجوعه إلى ما يصح من الجملة، وقد علمنا أن قوله: ﴿مِن نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ فلا يجوز أن يرجع إلى أمهات النساء، بل يستحيل ذلك؛ لأن الأمهات لا يكن منهن فلا يصح ذلك، وإنما يكن بناتهن منهن، لأن (مِن) هاهنا لابتداء الغاية؛ لأن (من) مبني على ثلاثة أوجه:

(١) للصلة، كما قال تعالى: ﴿يَغفِرْ لَكُم مِّن ذُنُوبِكُمْ﴾ (نوح /٤)، والمعنى ذنوبكم.

(٢) و (من) لابتداء الغاية، كما قال: ﴿مِن شَاطِئِ الْوَادِ﴾ (القصص/٣٠).

(٣) و (من) للتبعيض والتمييز - كما تقول: هذا ثوب من خز.

فإذا ثبت ذلك، صح ما قلنا من أن رجوع هذا الشرط إلى الأمهات لا يصح، فوجب إبهام تحريمهن على ما اقتضته الآية.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٦٢/١.

فإن قيل: ما أنكرتم أن تكون (مِن) هاهنا دخلت للتبعيض، فكأنه تعالى قال من جملة نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فلا يستحيل أن يكون راجعاً إلى الأمهات.

قيل له: هذا لا يصح، لأن (مِن) إذا كان دخولها هاهنا للتبعيض، فتقدير الكلام: وأمهات نسائكم من /٨/ نسائكم اللاتي دخلتم بهن، على سبيل التقديم والتأخير، ولو كان ذلك كذلك، لوجب أن يرجع الشرط إلى أمهات النساء فقط دون الربائب؛ لأن (مِن) إذا كانت للتبعيض، فيجب أن يكون الذي دخل عليه من جملة ما تناوله الاسم، ألا ترى أنا إذا قلنا هذا البيت من شِعر فلان، فيجب أن يكون شعر فلان مشتملاً على ذلك البيت؟ وقد أجمع الجميع على أن الشرط راجع إلى الربائب، وإن اختلفوا في الأمهات، ولا يصح ذلك إلاَّ بأن تكون « من » لابتداء الغاية، فصح ما قلناه.

فإن قيل: فقد روي عن علي - عليه السلام - أنَّه جعل أمهات النساء في هذا الباب بمنـــزلة بناتهن.

قيل له: إن الأصح عندنا عنه - عليه السلام - خلافه، إذ قد روى عنه زيد بن علي عليهما السلام ما نذكره بعد هذه المسألة، ويدل على ذلك: ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « إذا تزوج الرجل بالمرأة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فله أن يتزوج ابنتها، وليس له أن يتزوج أمها »[1] - وأيضاً - تحريمها لسبب لم يتعلق بأمها، فأشبهت أزواج الأب، وحلائل الأبناء، فإن الدخول لا يجب أن يكون شرطاً فيه، وهذا الاعتبار أولى من اعتبار حالها بحال الابنة؛ لأن الأصول تشهد له؛ لأن كل موضع تعلق التحريم بالعقد فيه، لا يراعى فيه الدخول، ألا ترى أن تحريم الأختين يتعلق بالعقد، ولا يراعى فيه الدخول؟ وكذلك تحريم تزويج الخامسة تعلق بالعقد ولا يراعى فيه الدخول، ولأن اعتبارنا يقتضي أن تحريم الأختين يتعلق بالعقد، ولا يراعى فيه الدخول، ولأن اعتبارنا حظر العقد، وينقل عن الأصل؛ إذ الأصل جواز نكاحها.

---

(١) أخرجه البيهقي ١٦٠/٧.

مسألة: في نكاح حليلة الابن والأب

قال: ويحرم على الرجل حليلة ابنه، وبني ابنه، وإن سفلوا، وكذلك حليلة أبيه، وأجداده، وإن علوا.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

والأصل في حليلة الابن قوله تعالى في ذكر التحريم: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، وفي حليلة الأب قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٢٢)، والمسألة لا خلاف فيها.

وقد روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: « حرم الله من النسب سبعاً، ومن الصهر سبعاً، فأما السبع من النسب، فهي الأم، والبنت، والأخت، وبنت الأخت، وبنت الأخ، والعمة، والخالة. وأما السبع من الصهر، فامرأة الأب، وامرأة الابن، وأم المرأة - دخل بالبنت، أم لم يدخل بها - وابنتها إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها، فهي حلال، والجمع بين الأختين، والأم من الرضاعة، والأخت من الرضاعة »[2]. فكان ذلك موافقاً لما نطق به القرآن.

مسألة: في الجمع بين امرأتين بينهما رحم محرم

قال: ويحرم على الرجل الجمع بين الأختين، وبين كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً حرم التناكح بينهما؛ للنسب، أو للرضاع، دون النسب[3].

نص في (الأحكام)[4] على تحريم الجمع بين الأختين، ونبه على تحريم الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرم؛ إذ علل تحريم الجمع بين الأختين بالتباغض المعهود بين

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٤/١.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب من لا يحل نكاحه من أقارب الزوج والمرأة. ورواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس ١٩٦٣/٥، والحاكم عنه أيضاً في المستدرك ٣٣٣/٢.

(٣) في (أ): يحرم التناكح بينهما للسبب أو الرضاع دون النسب. فظنن عليه. والنسب بالسبب وفي هامش (ب) حاشية عليها: أي دون النسب فقط، فليتأمل.

(٤) انظر: الأحكام ٣٤٤/١.

الضرائر المؤدي إلى قطيعة الأرحام، فقلنا ذلك تخريجاً، وقلنا ذلك في الرضاع، لأنَّه - عليه السلام - أجرى الرضاع في هذا الباب مجرى النسب.

والأصل في تحريم الجمع بين الأختين قول اللّه تعالى: ﴿**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ**﴾ (النساء /٢٣).

وقلنا: بتحريم الجمع بين المرأتين إذا كان بينهما رحم محرم: لما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول /٩/ اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا يتزوج الرجل المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها، لا الصغرى على الكبرى، ولا الكبرى على الصغرى »[1].

وأخبرنا أبو الحسين عبدالله بن سعيد البروجردي، قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عمر الدينوري، قال: حدثنا أبو قلابة الرقاشي، قال: حدثنا أبو عاصم النبيل، عن همام، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى أن تنكح المرأة على عمتها، وعلى خالتها[2].

وروى أبو داود في (السنن)[3] بإسناده، عن عامر، عن أبي هريرة، قال: قال رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على ابنة أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على ابنة أختها، لا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى ».

وقلنا ذلك في الرضاع، لقوله: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ».

مسألة: فيمن أراد الزواج بامرأة لا تحل له مع زوجته

قال: وأيما رجل كانت عنده امرأة، وأراد أن يتزوج بأخرى لا يحل الجمع بينهما، لم يكن له أن يتزوجها حتى يطلق التي عنده، وتنقضي عدتها إن كانت التطليقة

(١) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب من لا يحل نكاحه من أقارب الزوج والمرأة.
(٢) وأخرجه عن أبي هريرة ابن حبان ٤٢٧/٩، والترمذي ٤٣٣/٣، والدارمي ١٨٣/٢.
(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢٣١/٢، وفيه: ولا تنكح الكبرى.

رجعية، وإن كانت بائنة، جاز له أن يتزوج الأخرى وهي في عدته.

وكذلك القول في من له أربع نسوة، وأراد أن يتزوج أخرى.

نص في (الأحكام) (١) على ما ذكرنا في الأربع، ورواه عن جده القاسم - عليه السلام - وروى(٢) ذلك عنه فيمن كانت عنده امرأة فطلقها، وأراد أن يتزوج أختها، فقلنا بذلك في كل امرأتين لا يحل الجمع بينهما؛ إذ لا فصل بين الأمرين. وهو قول الشافعي.

قال أبو حنيفة: العدة في هذا الباب كالنكاح،تمنع ما يمنع منه(٣)النكاح.

والدليل على ذلك قول اللّه تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾(النساء /٣)، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى﴾ (النور /٣٢)، وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، فأباحت هذه الظواهر عقد النكاح لما ذكرنا.

فإن قيل: فقد قال اللّه تعالى في التحريم:﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾(النساء /٢٣).

قيل له: ما ذكرناه لا يكون جامعاً بينهما، لأنَّه لا يملك المطلقة، ولم يبق عقد نكاحه عليها، فكيف يكون بينهما جامعاً؟

فإن قيل: يحصل هناك ضرب من الجمع بينهما، لأنَّه يستحق ولدها وتلزمه نفقتها.

قيل له: المراد بقوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾، إنما هو في النكاح دون سائر الأحوال، وإذا كان هذا هكذا، فليس الذي ذكرتم من الجمع المراد بالآية في شيء، على أن قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ لا يمكن ادعاء العموم في الجمع، لأنَّه يقتضي جمعاً واحداً، وكذلك قال أصحابنا من المتكلمين في قوله عزَّ وجل: ﴿يُضِلُّ مَن يَشَاءُ﴾:إنه لا يمكن ادعاء العموم في الإضلال، وإنه في حكم المجمل، وإذا كان هذا هكذا، وجب أن يحمل على ما ثبت أنَّه هو المراد بالدلالة وهو النكاح في الحرائر.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٥٩/١ - ٣٦٠.

(٢) في (ب): روى.

(٣) في (ب):فيه.

فإن قيل: قد نهى - صلى الله عليه وآله وسلم - عن نكاح المرأة على عمتها وخالتها.

قيل له: النهي لا يتناول ما اختلفنا فيه، لأنَّه لا يقال نكحها على عمتها إلاَّ إذا كانت عمتها في نكاحه، فأما إذا ارتفع النكاح بينهما، فاللفظ لا يتناوله، ولا خلاف أنها إذا انقضت عدتها، جاز التزوج بأختها، فكذلك إذا كانت في العدة، والعلة أنها لا تحل إلاَّ بعد عقد جديد، وهذا القياس أولى من قياسهم لها عليها لو كانت في عدة تطليقة رجعية؛ لأن التي تكون في عدة تطليقة رجعية في حكم الزوجة، لأنَّه يملك وطأها، ويجري بينهما توارث /١٠/ الزوجية، وليس كذلك البائن، بل هي بالأجنبية أشبه، بل أبعد حالاً من الأجنبية، لأن المطلقة ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، والأجنبية تحل له دون ذلك، والمختلعة ليس له أن يتزوجها أكثر من مرتين، وليس كذلك الأجنبية، فإن له أن يتزوجها ثلاث مرات.

فإن قيل: العدة تمنع المرأة مما يمنعه النكاح.

قيل له: منعت المرأة من ذلك لأنها معتدة، وليس على الرجل عدة، وإنما المانع للزوج هو النكاح فقط، كما أن المانع للمرأة هو النكاح والعدة، فكما أن المرأة إذا ارتفع عنها النكاح والعدة، جاز لها التزوج، فكذلك الزوج إذا ارتفع عنه النكاح، جاز له التزوج، وأيضاً وجدنا الرجل يحل له نكاح الأخرى إذا انقضت عدة هذه، وإن لم يكن تزوج بها، فكذلك إذا بانت منه وإن كانت في العدة،

والعلة أنَّه لم يملك بضعها بعقد النكاح، ولا خلاف أن الاعتداد من غيره لا يمنعه من النكاح، فكذلك اعتداد البائن منه، والمعنى أنَّه اعتداد لا يملك إبطاله مع صحة تصرفه، وليس لهم أن يجعلوا بقاء بعض أحكام النكاح من استحقاق الولد، ووجوب النفقة عليه، علةً؛ لأنَّ كثيراً من أحكام النكاح تبقى بعد انقضاء العدة، ثم لا يكون بقاؤه منعاً من النكاح بالإجماع، ألا ترى أنها تصح أن تصير له على أقل من ثلاث إن كانت البينونة بغير الثلاث، وإن كانت للثلاث[1]، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره،

---

(١) في (أ): الثلاث.

ولا تحل لأبيه، ولا ابنه، ولا تحل أمها له، ولا ابنتها إن كانت مدخولاً بها، وشيء من ذلك لا يجب في الأجنبية؟ فعُلم أنَّه كله من بقايا أحكام النكاح وإن لم يمنع الزوج من النكاح، فبان أن الاعتبار إنما هو ببقاء معظم أحكام النكاح الذي هو تملكه البضع، دون سائر أحكامه، على أن ما يختص بالنكاح نحو الظهار والإيلاء والتوارث لا يتعلق على البائن وإن كانت في العدة، والأحكام التي ذكروها فهي استحقاق النسب، ووجوب النفقة، ونحو كونها محبوسة بسبب تعلق به كلها مما يثبت على بعض الوجوه مع عدم النكاح أصلاً، فكل ذلك يكشف أن البائن وإن كانت في العدة، فهي بالأجنبية أشبه منها بالتي تحت العقد، فصح ما ذهبنا إليه.

مسألة: في الجمع بين المرأة وبنت زوجها

قال: ولا بأس أن يجمع الرجل بين امرأة وبنت زوجها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)، وهو مما لا خلاف فيه اليوم، وإن كان قد حكي الخلاف فيه عن بعض السلف.

وروى يحيى، عن أبيه، عن جده القاسم - عليه السلام - أن عبدالله بن جعفر جمع بين ابنة أمير المؤمنين - عليه السلام - وزوجة له(٢).

ووجهه: أنَّه ليس بينهما حرمة نسب، ولا رضاع، فأشبهتا الأجنبيتين.

مسألة: في نكاح المطلقة ثلاثاً

ومن طلق امرأته ثلاثاً، لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ويجامعها في فرجها، ثم يطلقها، أو يموت عنها، وتنقضي عدتها، إذا تزوجها رغبة فيها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (٣).

والأصل فيه قول الله تعالى فيمن طلق الثالثة: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى

---

(١) انظر: الأحكام ٣٥٧/١.

(٢) انظر: الأحكام ٣٥٧/١.

(٣) انظر: الأحكام ٣٦٥/١.

تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٣٠)، ولا خلاف فيه.

وقلنا: ويجامعها في فرجها؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال للتي طلقها رفاعة ثلاثاً: « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك »[١]. يعني الذي تزوج بها بعد رفاعة. وروى نحوه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام –[٢].

وقلنا:/١١/ إذا تزوجها رغبة فيها؛ لما روي عن النبي– صلى الله عليه وآله وسلم– أنَّه لعن المحلِل والمحلَل له[٣]. ويجب أن يكون المراد إذا عقد عقداً غير صحيح للتحلل، وفي هذا فساد قول من قال: إنَّه إن وطئها في عقد نكاح فاسد، حلت للزوج الأول.

مسألة: في نكاح أهل الذمة

قال: ولا يحل للمسلم[٤] نكاح الذمية، ولا للذمي نكاح المسلمة.

نص في (الأحكام) [٥] على تحريم نكاح الذميات على المسلمين، ونبه على ما ذكرناه من تحريم نكاح المسلمة على الذمي.

فأما تحريم نكاح المسلمة على الذمي، فهو مما لا خلاف فيه بين المسلمين، فلا وجه للاستقصاء فيه.

وأما تحريم الذميات على المسلمين، فهو قول القاسم، والناصر عليهما السلام، واختلفت الرواية في ذلك عن زيد بن علي عليهما السلام، وحكاه أبو العباس الحسني[٦]، عن محمد بن عبدالله عليهما السلام، وعن ابن عمر، في (مسائل الخلاف).

---

(١) أخرجه البخاري ٢٠١٤/٥، والبيهقي ٣٧٣/٧، والدارمي ٢١٥/٢.
(٢) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الطلاق البائن.
(٣) أخرجه ابن ماجة في السنن ٦٢٢/١، والنسائي في السنن الكبرى ٣٢٥/٣، وابن أبي شيبة في المصنف ٢٩٢/٧.
(٤) في (أ): ويحل للرجل المسلم.
(٥) انظر: الأحكام ٣٨١/١ – ٣٨٩.
(٦) في (أ): – رحمه الله –.

والذي يدل على صحة ما يذهب[1] إليه الهادي - عليه السلام - من تحريمهن قول الله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ..الآية﴾ (البقرة/٢٢١)، فحرم سبحانه علينا نكاح المشركات، وإنكاح المشركين.

فإن قيل: فظاهر القرآن إنما أوجب النهي عن نكاحهن، فمن أين لكم أن النكاح إذا وقع[2] منهي عنه، فهو غير صحيح؟

قيل له: هذا يفسد من وجهين:

أحدهما - أن الأظهر عند أصحابنا أن النهي يدل على فساد المنهي عنه، وأنه لا يقع موقع الصحيح، فعلى هذا الوجه يسقط هذا السؤال، ويوضح هذه الطريقة ما عرف من أحوال الصحابة والتابعين ومَن بعدهم إلى يومنا هذا أنهم كانوا يفزعون لإفساد العقود والعبادات بوقوعها على وجه قد نُهي عنه، كما روي ذلك في الربا، وبيع الغرر، ونكاح المحرِم، والاغتسال بما قد بيل فيه.

والوجه الثاني - لا خلاف في أن وقوع المنهي عنه إذا كان على وجه أخل بشرط جعله الشرع شرطاً في صحة ذلك الأمر أنَّه لا يقع موقع الصحيح، والآية قد دلت على أن إيمانها شرط في صحة نكاح المسلم إياها، بقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة /٢٢١)، فنبه سبحانه على أن الإيمان شرط في صحة نكاحهن، فإذا لم يحصل الشرط يجب أن يقع فاسداً.

فإن قيل: فهذا وارد في المشركات، فمن أين لكم أن حكم الذميات حكمهن؟

قيل له: اسم الشرك لا يستعمل في الشرع على ما تفيده اللغة، لأن ذلك لو كان كذلك، لجاز أن يقال للمؤمن إنَّه مشرك إذا أشرك غيره في سلعة أو عمل أو نحوهما، ولَمَّا لم يجز ذلك، عُلم أنَّه قد جعل في الشرع اسماً لكل من جحد النبوة، فكل من كان كذلك، فاسم الشرك يتناوله بإطلاق الشرع، على أن الله تعالى قد وصفهم بأنهم

---

(١) في (أ): ذهب.

(٢) في (ب): إذا وقع وإن وقع منهي عنه، فهو غير صحيح .

مشركون بقوله: ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَاباً مِن دُوْنِ اللهِ﴾ (التوبة /٣١) على أنّه لا خلاف في قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئاً﴾ (الممتحنة/١٢) أنّه ليس المراد به مقصوراً على ألاَّ يثبتن لله سبحانه شريكاً، بل كان المراد أن يؤمنَّ بالنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وبجميع ما جاء به، فبان أن الجحد به وبما جاء به من الشرك، على أنّه لا خلاف بين المسلمين أنا لو تمكنا من بلاد الروم، لقتلناهم؛ لعموم قوله: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِيْنَ﴾ (التوبة /٥) مع كونهم نصارى كما نقتل أهل الأوثان، فبان أن اسم الشرك يتناولهم، على أن الدلالة لو رتبت في وثنية تهودت، لسقط هذا الاعتراض، لأن اللّه سبحانه قال: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ (البقرة /٢٢١) وهذه مشركة لم تؤمن، بل تهودت، فالتحريم باق على حاله، وإذا ثبت ذلك في اليهودية التي كانت من قبل وثنية، فلم يفرق أحد من المسلمين بينها وبين التي لم تزل يهودية.

ويدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو الحسين علي بن إسماعيل، قال: حدثنا ابن اليمان، قال: حدثنا[1] /١٢/ ابن شجاع، قال: حدثنا يعلى[2]، عن عيسى بن يونس، عن أبي بكر، عن عبدالله بن أبي مريم، عن علي بن أبي طلحة، عن كعب بن مالك، أنّه أراد أن يتزوج يهودية، أو نصرانية، فسأل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عن ذلك فقال: « إنها لا تُحصنك »[3].

وروى أبو العباس الحسني[4] في (النصوص) بإسناده أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى كعب بن مالك، وفي بعض الأخبار« دع، فإنها لا تحصنك ». فليس يخلو المراد بالإحصان من أحد أمرين، إما أن يكون الإحصان الذي يستحق الزاني معه الرجم، أو إحصان العفاف، ولا يجوز أن يكون (المراد به) [5] الإحصان الذي يستحق

---

(١) في (أ): محمد بن شجاع.

(٢) في (ب): معلى بن عيسى بن يونس.

(٣) أخرجه البيهقي ٢١٦/٨، والدارقطني ١٤٨/٣، وابن أبي شيبة ٥٣٦/٥.

(٤) في (أ): - رحمه الله -.

(٥) سقط من (أ) ما بين القوسين.

معه الرجم، لأن القول من النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - خرج مخرج التنفير عن هذا النكاح والتزهيد، ولا يجوز أن يزهد الإنسان في فعل إذا فعله كان معه أبعد من استحقاق القتل، لأن التنفير بمثله لا يصح من عاقل، فثبت أن ليس[1] المراد به لا تكسبك العفاف؛ لأن المسلمة والكتابية في هذا سواء، فلم يبق إلاَّ أن يكون المراد به[2] لا تبقيك على العفاف، ولا يجوز أن يكون فعل من الأفعال يمنع بقاء فاعله على العفاف إلاَّ إذا كان محرماً، فثبت بذلك تحريم نكاحهن على المسلمين، على أن الدلالة عندنا قد دلت على أن أهل الذمة يكون لهم الإحصان الذي يستحق معه الرجم، فلو كان المراد أيضاً ذلك[3] الإحصان، لكان يفيد أن النكاح أيضاً لا يصح؛ لأن كعباً كان قد حصل له جميع الشرائط الموجبة للإحصان من الإسلام والبلوغ والعقل، ولا يجوز أن يكون نفى إلاَّ النكاح، فقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إنها لا تحصنك ». يفيد أن النكاح بينك وبينها لا يصح، إذ لا يصح حمله على أن الإحصان يمنع منه كونها من أهل الذمة؛ لقيام الدلالة على خلافه، ويمكن أن يستدل بقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَّنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء /٢٥)، فشرط الإيمان في الحرائر والمملوكات، فثبت أنَّه شرط في صحة نكاحنا، ومما يمكن أن يعتمد عليه في هذا الباب قوله عزَّ وجل: ﴿الْخَبِيْثَاتُ لِلْخَبِيْثِيْنَ وَالْخَبِيْثُونَ لِلْخَبِيْثَاتِ وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِيْنَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ﴾ (النور /٢٦)، فجعل جنس الخبيثين والخبيثات بعضهم لبعض، وجعل جنس الطيبين والطيبات بعضهم لبعض، فدل ذلك على ما قلناه.

فإن استدلوا بقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ إلى قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ (المائدة /٥). قيل له: المراد به اللواتي أسلمن والذين أسلموا منهم.

فإن قيل: كيف يُطلق عليهم سمة أهل الكتاب بعد الإسلام؟ قيل له: لا يمتنع ذلك،

---

(١) سقط من (أ) و (ب):ليس، وظنن عليه في هامش (ب).

(٢) سقط من (أ) به.

(٣) في (أ) بذلك.

وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللهِ﴾ (آل /عمران ١٩٩)، فأجرى سبحانه اسم أهل الكتاب مع الإيمان والخشوع عليهم، وقال سبحانه: (﴿وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْراً لَهُمْ..الآية﴾ (آل عمران/ ١١٠)، وقال أيضاً:)[1] ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ آمَنُوا وَاتَّقَوا..﴾ إلى قوله: ﴿مِنهُمْ أُمَّةٌ مُقْتَصِدَةٌ وَكَثِيرٌ مِنهُمْ سَاءَ مَا يَعْمَلُونَ﴾ (المائدة /٦٥ــ٦٦) فجعل منهم مؤمنين، وجعل منهم أمة مقتصدة.

فإن قيل: هذا وإن ثبت في بعض المواضع، فليس هو الظاهر في الشرع، فمن أين لكم أن المراد في هذه الآية ما ذكرتم؟

قيل له: يدل على ذلك أمران /١٣/: أحدهما: ترتيب[2] الآية على وجه يدل عليه. والثاني: الخبر الوارد عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –.

فأما ترتيب[3] الآية، فهو أن الله خاطبنا، فقال: ﴿الْيَومَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾، ثم قال: ﴿وَطَعَامُ الَّذِيْنَ أُوْتُوْا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ ثم ابتدأ بعد ذلك تحليلاً آخر فقال: ﴿وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾، ثم عطف عليه﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ فدل ذلك على أن المحصنات من المؤمنات حل لهم؛ لكون[4] تحليلهن معطوفاً على تحليل طعامنا لهم، فوجب كون المؤمنات حلالاً لهم،وهذا لا يصح إلاَّ بعد إسلامهم، لأنَّه لا خلاف أن نكاح المؤمنات لا يحل لهم مع بقائهم على الكفر، فدل ذلك على أن المراد بقوله تعالى﴿ أهل الكتاب﴾ في هذا الآية هم الذين أسلموا منهم، فكذلك[5] قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ اللواتي أسلمن منهم[6]،إذ لم يفرق أحد بين الموضعين.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ راجعاً إلى أول

---

(١) ما بين القوسين سقط من (أ).

(٢) في (أ): ترتب.

(٣) في (أ): ترتب.

(٤) في (أ): ليكون.

(٥) في (أ): كذلك.

(٦) في (أ): منهن، وفي هامش (ب).

الآية حيث يقول: ﴿وَطَعَامُ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ دون الذي يليه؟

قيل له: إن جاز لكم ما ادعيتموه - مع أنّه صرف لترتيب الآية عن ظاهره - جاز لنا أن نقول: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ راجع إلى الكتابيين حتى يكون تقدير الكلام: وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب، فتكون المحصنات من المؤمنات حلاً[1] للمؤمنين، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حلاً للذين أوتوا الكتاب؛ وجملة الأمر قد ساويناهم في استعمال هذه الآية؛ لأنا قد جعلنا قوله﴿ للذين أوتوا الكتاب﴾ وقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾، في حكم المصروف عن الظاهر، وهم جعلوا الترتيب والنظام في حكم المصروف عن الظاهر، وسلم لنا سائر الأدلة، وسقط تعلقهم بالآية.

والوجه الثاني الذي يدل على أن المراد بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ اللواتي أسلمن منهن دون المقيمات على الشرك: ما رواه نافع، عن ابن عمر قال: قال رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « من أشرك بالله، فليس بمحصن »[2]. فدل ذلك على أن إطلاق اسم الإحصان عليهن يوجب أنهنَّ غير مشركات بالله وأنهن مسلمات.

فإن قيل: فإذا كان المراد بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِيْنَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ اللواتي أسلمن منهن، فما الفائدة بذلك، فإنهن وسائر المسلمات سواء؟

قيل له: إن العرب الذين كانوا بمكة، و لم يكن إسلامهم عن التهود والتنصر، كانوا يأنفون من اللواتي تُبن عن التهود والتنصر، ويعافونهن، فأنزل اللّه تعالى هذه الآية، وأراد ذلك الذي كان في نفوسهم.

فإن قيل: فقد روي عن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « أحل لنا ذبائح أهل الكتاب، وأحل لنا نساؤهم، وحرم عليهم أن يتزوجوا نساءنا »[3].

---

(١) في (ب): حل .

(٢) أخرجه البيهقي ٢١٦/٨، والدارقطني ١٤٧/٣، وابن أبي شيبة ٥٣٦/٥.

(٣) أخرجه الطبري في تفسيره ٣٧٨/٢.

قيل له: هذا حديث ضعيف لا نعرفه؛ مع أنه مع ضعفه يمكن أن يتأول[١] فيقال: أحل لنا ذبائحهم ونساؤهم إذا أسلموا، وحرم عليهم نساؤنا ما داموا على الكفر، وتكون الفائدة فيه ما ذكرناه في الآية.

وأجمع أكثر أهل العلم على أن المسلم لا يجوز له نكاح المجوسية، ولا خلاف أنَّه لا يجوز له نكاح الوثنية، فكذلك نكاح الكتابية قياساً عليهما، والعلة أنها كافرة، ولا خلاف أيضاً أن الذمي لا يجوز له نكاح المسلمة، فكذلك المسلم لا يجوز له نكاح الذمية قياساً عليه، /١٤/ والعلة أنهما على ملتين مختلفتين، أو يقال: إنهما لا يتوارثان مع صحة كون كل واحد منهما وارثاً وموروثاً، وأيضاً وجدنا الرضاع لما كان طروؤه على النكاح مفسداً له، وجب أن يمنع الصحة مما يطرأ عليه من النكاح، فوجب أن يكون الكفر يمنع من صحة ما يطرأ عليه من نكاح المسلم قياساً على الرضاع؛ لأن طروؤه على نكاح المسلم يفسده، ولا خلاف بيننا وبين الشافعي في أن المسلم لا يجوز له نكاح الأمة الكتابية والعلة أنها كافرة، ويكشف أن العلل التي ذكرناها بها[٢] يتعلق الحكم في الأصول التي قسنا عليه أنه يوجد بوجودها، ويعدم بعدمها، وكل قد اعتبر الكفر على بعض الوجوه لإبطال النكاح.

فإن قيل: وجدنا الكفر على ثلاث طبقات، منها أغلظ، وأوسط، وأخف، فأما الأغلظ كفراً،فهم عبدة الأوثان، ألا ترى أنهم لا تؤخذ الجزية منهم، ولا يقرون على دينهم؟ والأوسط كفراً، فهم المجوس؛ لأنهم مقرون على دينهم، وتؤخذ الجزية منهم. والأخف كفراً هم أهل الكتاب، فيجب أن يميزوا على المجوس، ولا تميز إلاَّ ما ذكرناه من استباحة نسائهم وذبائحهم.

قيل له: هذا اعتبار يبطله النص، وهو قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « سنوا بهم - يعني المجوس - سنة أهل الكتاب »[٣]. فوجب ألاَّ يفرق بينهم وبين

---

(١) في (أ): من ضعفه يمكن أن يتناوله.

(٢) في (ب): ذكرناها أنها يتعلق.

(٣) أخرجه البيهقي ١٧٢/٧.

المجوس، على أن المسلمين أجمعوا على أنّه لا يفرق بينهم، فإن المسلمة لا تحل لأحد منهم، فكذلك لا يمتنع ألا يفرق بينهم، وأن واحدة منهم لا يجوز أن يتزوجها وهو مسلم؛ إذ التميز بينهم في كل وجه لا يجب، ولا معنى لدعوى من يدعي الإجماع في إباحة نكاحهن، فقد ذكر أبو العباس الحسني في النصوص في ذلك عن عدة من أهل البيت - عليهم السلام - بأسانيده.

مسألة: في التناكح بين الملل المختلفة

قال: وكذلك القول في كل أهل[1] ملتين مختلفتين، لا يتزوج اليهودي نصرانية، ولا النصراني يهودية ولا مجوسية، ولا المجوسي يهودية ولا نصرانية.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجه هذه المسألة بيان تحريم الكتابيات على المسلمين؛ إذ لا خلاف في تحريم المسلمات على الكتابيين، وقد مضى في تحريم الكتابيات على المسلمين ما فيه كفاية، ثم بيان أن ملل الكفر مختلفة، ووجه بيان القياس فيه، والذي يدل على أن الكفر ملل مختلفة أنا وجدنا ما يتمسك به كل فريق منهم من دين وشريعة يخالف بعضه بعضاً في أصله وفرعه،ومورده ومصدره، يكون مللاً مختلفة، ألا ترى أنا لا نقول إن موسى وهارون وداود وسليمان - عليهم السلام - مللهم مختلفة؟ بل نقول: إنهم كانوا [3] على ملة واحدة لما[4] كانت شريعتهم شريعة واحدة لم تكن يخالف بعضها بعضاً على الوجه الذي ذكرناه، ولا يمتنع أن نقول إن موسى وعيسى ومحمداً - عليهم السلام - مللهم[5] مختلفة لما كان في شرائعهم الاختلاف على الوجه الذي ذكرناه، وإن كان الجميع يجمعه اسم [6] الإيمان والهدى.

---

(١) في (أ): أهل كل.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٤ - ٣٩٥.

(٣) كانوا: زيادة في (أ).

(٤) في (أ): كما.

(٥) في (ب): ملتهم.

(٦) سقط من (أ) اسم.

فإن قيل: فيلزمكم على هذا أن يكون المسلمون على ملل مختلفة، لأنهم قد اختلفوا في الأصول والفروع.

قيل له: معاذ اللّه من ذلك، فإنهم لم يختلفوا في أصول الشريعة، ولسنا نعني بالأصول ما قدرتَه، ألا ترى أنهم لا يختلفون في أن ما جاء به محمد - صلى الله عليه وآله وسلم - ولم ينسخه، حق، وكل ما ثبت من شريعته هو الذي يجب التمسك به، وإنما اختلفوا في تأويل ما صح عنه، أو في صحة الشيء عنه؟ /١٥/ وليس كذلك حال اليهود والنصارى فإن مخالفة بعضهم لبعض على حد مخالفة المسلمين لهم ولكل واحد منهم، ومخالفتهم ومخالفة كل واحد منهم للمسلمين، فبان ما ادعيناه من أن مللهم مختلفة، وقد نبه اللّه تعالى[1] على ذلك بقوله: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ لَيْسَتِ النَّصَارَى عَلَى شَيْءٍ وَقَالَتِ النَّصَارَى لَيْسَتِ الْيَهُودُ عَلَى شَيْءٍ﴾ (البقرة /١١٣) ولا يجوز أن نحمله على أنه تعالى نبهنا على ما علمنا ضرورة، فإذاً هو تنبيه على اختلاف أحكامهم التي لا تعرف إلاَّ شرعاً.

فإن قيل: وقد قال اللّه تعالى لنبيه - صلى الله عليه وآله وسلم -: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ لا أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ..﴾ إلى قوله: ﴿لَكُمْ دِيْنُكُمْ وَلِيَ دِيْنِ﴾ فجعل ما هم عليه ديناً واحداً، فدل على أنَّه ملة واحدة.

قيل له: تسمية جميع ذلك بما ذكرتموه لا يدل على ما ذكرتموه، وعلى أنَّه ملة واحدة، ألا ترى أنه قال لنبيه - صلى الله عليه وآله وسلم - بعد ما عدَّ أنبياءه الماضين: ﴿أُوْلَئِكَ الَّذِيْنَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾ (الأنعام /٩٠)، فأجرى سبحانه ما كانوا هم عليه مجرى هدي واحد، ولم يمنع ذلك من أن يكون لهم ملل مختلفة، فلا وجه لامتناع من يمتنع من أن مللهم - عليهم السلام - يجوز أن تختلف؛ لأن الملة اسم للشريعة، وهي[2] مأخوذة من الإملال الذي هو الإملاء، ولا خلاف أن شرائع كثير منهم قد اختلفت، ولهذا لم يمتنع كثير من أصحابنا المتكلمين من إطلاق القول في

---

(١) في (أ): سبحانه.

(٢) في (أ): هو.

المجبرة والمشبهة مع ثبوت كفرهم أنهم من أهل ملتنا؛ لانتحالهم شريعتنا، ولا أحفظ خلافاً في أن الفاسق يقال له من أهل ملتنا، وإن كان لا يجري عليه اسم الإيمان.

ومما يدل على ذلك: ما رواه أبو بكر الجصاص في شرحه (مختصر الطحاوي) بإسناده عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تجوز شهادة ملة على ملة إلاَّ ملة الإسلام فإنها تجوز على الملل كلها»[1]. فأثبت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بظاهر قوله ثلاث ملل، لأن الملل جمع ملة، وأقل الجمع يجب أن يكون ثلاثة، وهذا نص ما ذهبنا إليه، لأن من يخالفنا يقول: إنَّه ليس غير[2] ملتين: ملة الإسلام، وملة الكفر، فإذا وجب إثبات ملة ثالثة لظاهر قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ثبت أن الكفر ملل.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم إنَّه أطلق لفظ الملل، وأراد ملتين، فعبر عن الاثنين بلفظ الجمع؟

قيل له: حقيقة الجمع لا تكون لأقل من ثلاثة، وإنما يجري لفظ الجمع على الاثنين على طريق[3] المجاز؛ فإذا كان هذا هكذا، لم يصح ما قالوه؛ لأنَّه يؤدي إلى صرف قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن الحقيقة إلى المجاز.

فإن قيل: ألستم تقولون إن من انتقل إلى التهود، أو التنصر، أو التمجس، خُلِّي بينه وبين ما صار إليه؟ فكيف تقولون: إن الكفر ملل مختلفة؟

قيل له: إن الإكراه والقتل لا يتعلق بالانتقال من ملة إلى ملة فقط حتى يكون للملة[4] التي انتقل عنها صفة، والملة التي انتقل إليها صفة، وأن تكون التي انتقل عنها ملة الإسلام، ألا ترى أن من انتقل من ملة الكفر إلى ملة الإسلام لا يمنع منه، فإذا ثبت ذلك، فنحن خلينا بين من سألت عنه وبين ما صار إليه؛ لأنَّه لم ينتقل عن ملة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ١٦٣/١٠، والطبراني في الأوسط ٣٢٣/٥.

(٢) في (أ): إلا.

(٣) في (أ): سبيل.

(٤) في (ب): الملة.

الإسلام، وإنما انتقل عن ملة كفر إلى ملة كفر، فإذا ثبت ما بيناه من اختلاف مللهم، ثبت أن مناكحة بعضهم لبعض لا تصح؛ لاختلاف مللهم، دليله أن المناكحة بين المسلمين والذميين لا تجوز، ويمكن أن نبين ألا توارث بينهم بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا توارث بين أهل ملل شتّى»[1]. ثُمَّ يقال لهم: لم يثبت بينهم التوارث مع كون كل واحد منهم وارثاً وموروثاً، فوجب ألا يصح التناكح قياساً على الذمي والمسلمة؛ إذ لا خلاف فيه، أو قياساً على أهل الملة[2] /١٦/ وأهل الذمة؛ إذ قد دللنا عليه.

مسألة: في نكاح الحر للأمة

قال: ولا يحل للرجل أن يتزوج أمة إلاَّ ألا يجد السبيل إلى الحرة.

وهذا مما قد نبه عليه يحيى - عليه السلام - في (الأحكام)[3] و(المنتخب).

وذكر أبو العباس الحسني[4] أن ابن جهشيار روى عن القاسم - عليه السلام - حظرَ نكاحهن على الحر إلاَّ باجتماع معنيين: عدم الطَول، وخشية العنت، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إذا[5] لم يكن عنده حرة.

والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَّنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (النساء /٢٥)، فليس يخلو المراد به من أن يكون إباحة نكاحهن، أو جعل عدم الطول شرطاً في استباحة نكاحهن، وحمله على أن عدم الطول شرط في نكاحهن واستباحته أولى من حمله على الاستباحة[6]؛ لأنا قد علمنا وعقلنا الإباحة من سائر الظواهر، كقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، وقوله عز وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ١٦٣/١٠، والطبراني في الأوسط ٣٢٣/٥.
(٢) في (أ): الملل.
(٣) انظر: الأحكام ٣٤٢/١، والمنتخب ١٥٦.
(٤) في (أ): - رضي الله عنه -.
(٥) في (أ): إن.
(٦) في (أ): الإباحة.

وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، وقوله: ﴿وأنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور /٣٢)، ومتى ما حملنا ما ذكرناه على الإباحة، حملناه على التكرير، ولم نجعل له فائدة، وإذا حملناه على الوجه الذي ذكرنا، جعلنا له فائدة، وحمل الآية على وجه يفيد أولى من حملها على التكرير، وإذا ثبت أن حملها على هذا الوجه أولى، ثبت أن عدم الطول شرط في استباحة نكاحهن، وعلى هذه الطريقة يستدل بقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ (النساء/٢٥).

فإن قيل: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء /٣) يدل على التخيير بين الحرة والمملوكة في عقد النكاح، وفي هذا صحة ما ذهبنا إليه، وفساد مذهبكم.

قيل له: الآية لا ظاهر لها، فلا يصح التعلق بها، وذلك أن التخيير لا يصح بين واحدة وبين ما ملكت اليمين؛ لأن التخيير لا يصح بين الشيئين إلاَّ إذا لم يكن أحدهما داخلاً في الآخر، ألا ترى أنّه لا يصح أن يقال رأيت اليوم رجلاً أو شيخاً؟ لأن قولنا شيخاً ينطوي على قولنا رجل، وإنما يصح أن يقال رأيت رجلاً أو امرأة، فإذا كان ذلك كذلك، فقوله تعالى: ﴿أَوَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ يتضمن قوله: ﴿وَاحِدَةً﴾ فلا يصح التخيير، فلا بد من أن نقدر فواحدة حرة حتى يستوي ما ادعوه، وإذا ثبت ذلك، فلنا أن نقول إن تقديره: فواحدة أو وطء ما ملكت أيمانكم، وإذا حصل في جنب[1] كل واحد ما مر من التأويل، حصل التساوي، وبطل تعلقهم بالآية، على أنّه لا يمتنع أن يكون تعالى أراد بقوله جل ذكره: ﴿فَانْكِحُوا﴾ العقدَ في الحرائر، والوطءَ في الإماء، فيحمل في الإماء على الوطء، وفي الحرائر على العقد، فيبطل التخيير الذي ادعوه، وهكذا قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللهَ يَسْجُدُ لَهُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَمَن فِي الأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالقَمَرُ﴾ (الحج /١٨)، فأراد بقوله (يسجد) ظهور آثار الذل والخضوع فيما ذكره من الجمادات والبهائم، والسجود المخصوص فيما ذكره من كثير من الناس؛ لأنه لا يجوز أن يكون أراد السجود المخصوص فيما ذكر من الجمادات والبهائم؛ لأن ذلك لا يتأتّى منها، ويستحيل، ولا يجوز أن يكون أراد ظهور آثار الذل والخضوع

---

(١) في (أ): جانب.

من كثير من الناس، لأنَّه لو أراد ذلك تعالى[1] من الناس، لقال والناس، ولم يقل: ﴿وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ﴾ لأن آثار الذل والخضوع ظاهر من جميع الخلائق، والناس وغيرهم في ذلك سواء.

فإن قيل: فنحن نحمل قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ على الوطء، فكأنه سبحانه قال: ومن لم يستطع منكم وطء الحرائر؛ لأنَّه لا يملك بضع واحدة منهن، فمما ملكت أيمانكم.

قيل له: هذا صرف الآية[2] عن ظاهرها، لأن /١٧/ النكاح عندنا حقيقة في العقد، فلا يصح التعلق به، ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أنَّه إذا كان تحته حرة، لم يجز له التزويج بالأمة، فكذلك إذا تمكن من نكاحها، والعلة أنَّه قادر على الحرة، فوجب ألا يجوز له نكاح الأمة، والأصول تشهد لصحة علتنا؛ لأن القدرة على تحصيل الشيء تجري مجرى حصوله؛ ألا ترى أن التيمم لما لم يجز مع وجود الماء، لم يجز مع التمكن من الوصول إليه؟ وكذلك الصيام لَمَّا لم يجز في كفارة القتل والظهار مع وجود الرقبة، لم يجز مع تمكن الوصول إليها. ويمكن أن يقال: هو حر غني عن استرقاق ولده، فوجب ألا يجوز له ابتداء نكاح الأمة، دليله لو كانت عنده حرة، وقياسنا أولى من قياسهم واجد الطول على من لم يجده بعلة أنَّه غير مالك لفراش حرة؛ لأن قياسنا مما نبه النص عليه، وقياسهم على ضد ما نبه النص عليه، وقياسنا يفيد شرطاً طريق اثباته الشرع، وقياسهم ينفيه، وقياسنا يقتضي الحظر، وقياسهم يقتضي الإباحة.

مسألة: فيمن وجد الحرة بعد نكاحه الأمة

قال: فإن[3] تزوج الأمة، ثُمَّ وجد السبيل إلى الحرة، استحب له فراقها، وكره له إمساكها.

(١) في (أ): لأنه لو أراد ذلك تعالى والناس، لم يقل وكثير من الناس.
(٢) في (أ): للآية.
(٣) في (أ): وإن.

قد نص في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢] أن نكاح الأمة لا يفسد بوجود[٣] السبيل إلى الحرة، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً، إلاَّ ما ذكر عن المزني أنَّه كان يقول: إن نكاح الأمَّة يفسد بوجود السبيل إلى الحرة [٤] لزوال الشرط المبيح له، وحكى نحوه ابن جرير[٥] عن مسروق، وهذا فاسد؛ لأن أحد الشرطين: هو خوف العنت، ولا خلاف أنَّه إذا زال، لم يبطل نكاح الأمة، وإن كان لا بد منه في ابتداء العقد، فكذلك الشرط الآخر الذي هو عدم الطول، والعلة أنَّه أحد شرطي جواز نكاح الأمة.

فإن قيل: خوف العنت يعود بفسخ النكاح، لأنَّه به ارتفع.

قيل له: إذا ارتفع، فلا معتبر بجهة ارتفاعه، وصح قياسنا، على أن الذي ادعوه من ارتفاعه لوجود النكاح لا معنى له، فقد يجوز أن يرتفع[٦] بعارض غير وجود النكاح، ولا خلاف أن العلة وإن منعت ابتداء عقد النكاح، فإن طروءها على النكاح لا يفسده، فكذلك وجود الطول إلى الحرة يجب ألا يفسد نكاح الأمة، والعلة أنَّه معنى له مدخل في المنع من النكاح، ويختص بأحد الزوجين، ويبين صحة هذه العلة - وإن كان يمنع ابتداء النكاح - أن الرضاع والردة لما منعتا ابتداء النكاح، وأبطل طروؤهما النكاح، لم يختصا أحد الزوجين، بل كان حصول كل واحد منهما من جهة كل واحد من الزوجين على سواء، وأيضاً وجدنا الإحرام لا يفسد طروؤه على النكاح، وإن كان يمنع[٧] ابتداء النكاح، فكذلك ما اختلفنا فيه من وجود الطول، والمعنى أنَّه سبب لا يتأبد حكمه، ولا هو معصية، والأصول شاهدة لنا؛ لأن شيئاً منها لا يوجب فسخ شيء من العقود الثابتة بطروء اليسار.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٢/١.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٣.

(٣) في (أ): في وجود.

(٤) سقط من (ب) إلى الحرة.

(٥) في (أ) وحكى نحوه عن ابن جرير عن مسروق، وفي هامشها وعن مسروق نخ.

(٦) يرفع في (ب).

(٧) في (ب): منع.

ووجه استحبابنا لفراقها[١] لئلا يحصل به استرقاق الولد، فإنه يستحب للرجل استنقاذ ولده من الرق إذا أمكنه، فكان أولى من ذلك أن يستحب له توقي[٢] استرقاقه، وهذا الذي ذكرناه من الاستحباب منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

مسألة: في نكاح العبد للحرة

قال: ولا بأس للعبد أن يتزوج الحرة إن رضي سيده، وعرفت/١٨/ الحرة أنَّه عبد.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٤].

لا خلاف أن نكاح العبد لا يثبت إلاَّ بإذن سيده، فقد روى أبو داود في (السنن) بإسناده عن جابر، أنَّه قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو عاهر»[٥].

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو زان»[٦].

واشترطنا أن تعرف الحرة أنَّه عبد؛ لأنها لو لم تعرف ذلك، كانت مغرورة، وكان لها فسخ النكاح على ما نبينه من بعد، على أنَّه لا خلاف في جواز النكاح الذي ذكرناه ووصفناه، وإنما الخلاف فيه إذا لم يقع على هذا الوجه وسنبينه فيما بعد في موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة: في زواج المرأة بغير كفؤ

قال: ولا بأس أن تزوج المرأة غير كفؤ إذا رضيت ورضي الولي، تخريجاً، وإن أبى ذلك الولي، لم يجز، قال في (الأحكام) في ذكر الأكفاء (والأولياء هم الناظرون في

---

(١) في (ب): لفراقه.

(٢) في (أ): أن يتوقى.

(٣) انظر: المنتخب ١٣٣.

(٤) انظر: الأحكام ٣٦٦/١.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢٢٨/٢.

(٦) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب نكاح الإماء والعبيد.

أمرهن،والمتخيرون لحرماهم)[١]، فنبه على أن لهم الخيار في ذلك، فلا يكون ذلك إلاَّ بموافقة المرأة؛ فلذلك قلنا: إنهم إذا رضوا بغير كفؤ، ورضيت المرأة، جاز النكاح، ثُمَّ قال: «وإن كرهوا أحداً، لم يُلزَموا». فكان ذلك نصاً في أن لهم منعها من أن تنكح غير كفؤ.

وروى أبو العباس الحسني[٢]، عن محمد بن منصور، قال: سمعت القاسم – عليه السلام – يقول: ولو أن رجلاً كان من أبناء الفرس ممن يُرضى دينه، رأيت أن أزوجه عربية. فكان ذلك نصاً فيما ذكرناه من أن المرأة والأولياء إذا تراضوا بمن ليس بكفؤ، جاز النكاح، وهو قول عامة العلماء، وحكي عن قوم أنَّه لا يجوز.

والذي يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ**﴾ (النساء /٢٤)، وقوله سبحانه: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ (النساء /٣)، فلم يستثنِ ذات حسب من غيرها.

وروى أبو داود في (السنن) بإسناده عن أبي هريرة، أن أبا هند حجم رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في اليافوخ، فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند، وأنكحوا إليه» [٣].

وروي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – زوج ضباعة بنت عمرو[٤] بن الزبير بن عبد المطلب المقداد بن عمرو.

وروي أن زيد بن حارثة تزوج – وهو مولى – زينب بنت جحش وهي قرشية، وتزوج بلال هالة بنت عوف – أخت عبد الرحمن بن عوف – وزوّج النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – ابنتيه من عثمان، وأخرى من أبي العاص، وزوّج أمير المؤمنين – عليه السلام – ابنته عمر بن الخطاب.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٦٦/١، وفي (ب) قال: في أمرهما المتخيرون لحرماهم .
(٢) في (أ): – رحمه الله تعالى –.
(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢٤٠/٢.
(٤) هكذا في النسخ، والذي في كتب الحديث والرجال ضباعة بنت الزبير من غير عمرو.

وروي أن سلمان خطب إلى عمر ابنته، فأنعم له، فشق ذلك على ابنه عبدالله، فذكر ذلك لعمرو بن العاص، وسأله أن يدبر، فأتى عمرو سلمان، فقال: هنيئاً لك يا سلمان، تواضع لك عمر، فقال: ألي[1] تواضع، والله لا تزوجتها؟

فدلت هذه الأخبار على صحة النكاح على الوجه الذي ذكرناه؛ ولأن ذلك حق لهم، فإذا[2] تركوه، جاز، كالمهر لما كان حقاً للمرأة، جاز أن ترضى بدون مهر مثلها.

ووجه قولنا: إن الولي إذا أبى من[3] ليس بكفؤ لم يجز النكاح: أن الكفؤ قد ثبت أنَّه يراعى في النكاح[4]؛ لما نبينه من بعد، فإذا ثبت ذلك، كان للولي أن يمنعها من النكاح بمن ليس بكفؤ؛ إذ ذلك حط للولي؛ لما يدخل عليه من /١٩/ الغضاضة، فله[5] أن يمنعها من ذلك، لأنَّه حق له، وله أن يستوفي حقه في ذلك، كما لها استيفاء سائر حقوقها.

وروي أن أم سلمة لما خطبها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قالت: إنَّه لم يحضر أحد من أوليائي، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ليس أحد من أوليائك - حضر أو غاب - إلاَّ وهو يرضاني»[6]. فبين أن الأحوال التي هو عليها - صلى الله عليه وآله وسلم - مما يجب معها على الأولياء الرضا به، فلو لم يكن لرضائهم معتبر، لم يقل ذلك، ولقال: وما في حضورهم وغيبتهم؟

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة /٢٣٢) وليس هاهنا[7] معروف يتعلق في المناكحة بالأولياء إلاَّ النظر في الأكفاء، فدلت الآية على أن الأولياء

---

(١) في (ب): لي.
(٢) في (ب): إذا.ف
(٣) في (ب): ممن ليس بكفؤ، لم يجز النكاح إذ أن الكفؤ إلخ .
(٤) في (ب): بالنكاح.
(٥) في (أ): وله.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن ١٣١/٧، وأحمد في المسند ٢٩٥/٦.
(٧) في (ب): هنا.

لا يمنعوهن أن ينكحن بشرط أن يضعن أنفسهن في الأكْفَاء، على أنَّه ليس من المعروف أن تضع الشريفة نفسها في دَعيّ وما أشبهه.

وروي عن سلمان أنَّه قال: أمرنا أن ننكحكم ولا ننكح إليكم، مع أنَّه قد[1] خطب إلى عمر ابنته، فدل ذلك على أن المراد بذلك إذا لم يرض به الأولياء.

وروي عن عطاء، عن جابر قال: قال رسول[2] الله - صلى الله عليه وآله وسلم - : «لا يزوجن النساء إلا من الأكفاء ولا مهر دون عشرة دراهم»[3]. وإذ قد ثبت فيما مضى جواز نكاح من ليس له بكفؤ، دل على أن المراد في هذه إذا كره الأولياء. وعن عمر قال بحضرة الصحابة: لأمنعنَّ ذوات الأحساب ألا يزوجن إلاَّ من الأكفاء، ولم يخالَف فيه. فثبت ما قلناه.

مسألة: في تفسير الكفاءة

قال: والكفؤ يكون في النسب والدين جميعاً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[4]، ومروي فيه عن القاسم - عليه السلام - وقال في (الأحكام)[5]: «الكفؤ في الدين والنسب فقط». فدل على أنَّه لا يراعى غيرهما.

وجعل زيد بن علي - عليهم السلام - الكفؤ في الدين لا غيره، وهو قول الناصر - عليه السلام -. قال أبو حنيفة: الكفؤ في المال والحسب والدين. وقال أبو يوسف نحوه، وزاد الصناعات.وقال محمد: هو في الحسب والمال، ولم يراعِ الدين.

والذي يدل على أن الدين يجب أن يكون مراعىً في الأكفاء، هو ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه،

---

(١) سقط من (أ) قد.

(٢) في (أ): النبي.

(٣) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٧٥/٤.

(٤) انظر: الأحكام ٣٦٦/١.

(٥) انظر: الأحكام ٣٣٦/١.

فأنكحوه، إلاَّ تفعلوا، تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[١]. فراعى - صلى الله عليه وآله وسلم - الدين، ولم يأمر بالإنكاح[٢] إلاَّ إذا كان[٣] الخاطب ممن يرضى[٤] دينه، وأيضاً وجدنا الإنسان يشرف من جهتين: إحداهما أفعاله، والثانية أحواله التي هي غير أفعاله، فلما ثبت أن لأعلى[٥] الأحوال التي هي غير أفعاله مدخلاً في الأكفاء، وهو النسب، وجب أن يكون لأعلى الأفعال أيضاً مدخل فيه وهو الدين، والعلة أنَّه إحدى جهتي شرفه، على أنا وجدنا الدين له مدخل في إفساد النكاح، فهو الأولى أن يكون المعتبر به في الأكفاء، ويعضده قول الله تعالى: ﴿لا تَجِدُ قَوماً يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّوْنَ مَنْ حَادَّ اللهَ وَرَسُوْلَهُ﴾ (الحشر /٢٢)، وقد علمنا أن الإنكاح هو الموادَّة، وإذا نُهي المؤمن عن موادة من حاد الله ورسوله، فهو منهي عن إنكاحه حرمته، فإذا امتنع منه، لا يكون عاضلاً، وإذا لم يكن /٢٠/ عاضلاً، لم يجز نكاحها دونه، فثبت بذلك أن الدين مراعى في الأكفاء، على أن الآية مما يصح أن يعتمد عليها لابتداء الدلالة.

وأما ما يدل على أن النسب مراعى فيه، فهو ما روي عن ابن عمر، وعائشة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «العرب بعضها أكفاء لبعض[٦]، قبيلة بقبيلة، وحي بحي، ورجل برجل، والموالي بعضها أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، وحي بحي»[٧]. فدل ذلك[٨] على أن النسب مراعى في الأكفاء،و[٩] لولا ذلك، لقال المسلمون بعضهم أكفاء لبعض؛ ألا ترى أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم- ذكر المسلمين فقال: «تتكافأ دماؤهم» وقصر الأكفاء الذي بينهم على الدماء، ولم يقل: بعضهم أكفاء لبعض؟ فبان بما ذكرنا أن النسب يراعى فيه، ويدل عليه قول

---

(١) أخرجه الترمذي في السنن ٣٩٤/٣، والبيهقي في السنن ٨٢/٧، والطبراني في الأوسط ١٤٢/١.
(٢) في (ب): بالنكاح.
(٣) في (أ): أن يكون.
(٤) في (ب): ترضون .
(٥) في (ب): فلما ثبت أن أعلى الأحوال التي هي غير أفعاله،كان مدخلاً.. إلخ.
(٦) في (أ): أكفاء بعضها لبعض.
(٧) أخرجه البيهقي في السنن ١٣٤/٧.
(٨) في (أ): بذلك.
(٩) في (ب)لولا، من غير واو.

سلمان – رحمه الله –: أمرنا أن ننكحكم، ولا ننكح إليكم، وكان – رحمه الله – من أكابر المسلمين، وعلية الصحابة، فدل ذلك على أن للنسب مدخلاً فيما ذكرناه، ويبين أن للنسب مدخلاً في الفضل:

ما أخبرنا به أبو سعيد الأبهري، قال: حدثنا الحسن بن نصر، حدثنا بشر بن بكر، حدثنا الأوزاعي، حدثنا أبو عمار، قال: حدثنا واثلة بن الأسقع، قال: قال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «إن الله اصطفى كنانة من بني إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشاً، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم»[1].

ولا حكم يتعلق بما ذكره – صلى الله عليه وآله وسلم – من جهة الشرع إلاَّ الأكفاء في النكاح، وما ذكرناه من القياس على من راعى فيه النسب، ولم يراع الدين، يمكن أن يستدل به على من يراعي الدين، ولم يراع النسب، على أن النكاح يعتبر فيه الغضاضة، ألا ترى أن الحرة تتزوج على الأمة، والأمة لا تزوج على الحرة؟ وقد علمنا أن أكثر الغضاضة في الأمور الدنيوية هي الغضاضة التي ترجع إلى الأنساب، فوجب أن تكون معتبرة في الأكفاء. ويبين أن غير النسب لا يراعى بعد الدين قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «العرب بعضها أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، وحي بحي، ورجل برجل». ولم يعتبر المال والصناعة.

ومما يدل على أن المال لا[2] يعتبر في الأكفاء: ما أخبرنا به محمد بن عثمان النقاش، قال: حدثنا الناصر للحق – عليه السلام – عن محمد بن منصور، عن حسين، عن خالد، عن حصين، عن جعفر، عن أبيه قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «من ترك التزويج مخافة الفاقة، فقد أساء بربه الظن، إن الله تعالى يقول: ﴿إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ (النور /٣٢)»[3].

فدل قول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – على قبح ترك التزويج مخافة الفاقة؛

---

(١) أخرجه مسلم ١٧٨٢/٤، وابن حبان ١٣٥/١٤، والترمذي ٥٨٣/٥.

(٢) في (أ):لا يجب أن يعتبر.

(٣) الأمالي كتاب النكاح باب ما ذكر في فضل التزويج.

إذ جعل ذلك إساءة الظن بالله؛ وإذا كان ذلك[1] كذلك، لم يصح أن يكون المال مما يراعى في الأكفاء، إذ لو كان المال مما يراعى في الأكفاء، لم يكن المراعي لفقده مذموماً، وإذا لم يجب أن يراعى فيه المال، لم يجب أن تراعى فيه الصناعة، إذ لم يجعل أحد الصناعة أوكد من المال.

مسألة: في أن الحرام لا يحرم حلالاً

قال: ولو أن رجلاً وطئ امرأة حراماً، أو بشبهة، لم تحرم عليه أمها، ولا ابنتها، ولا تحرم هي على ولد الواطئ ولا والده، وكذلك إن وطئ أم امرأته، أو[2] ابنتها، لم تحرم عليه امرأته، وكذلك إن وطئ الرجل امرأة ابنه، لم تحرم على زوجها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [3].

وهو قول الشافعي، إلاَّ في الشبهة، قال أبو حنيفة: جميعه يُحرِّم.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ (النساء /٣)، وقوله: ﴿**وَأَنكِحُوا الأَيَامَى /٢١/ مِنكُمْ**﴾ (النور /٣٢)، فلم يستثن ما ذكرناه.

ويدل على ذلك حديث نافع، عن ابن عمر، قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحرم الحرامُ الحلالَ»[4].

ويدل على ذلك حديث عبدالله بن نافع المخزومي[5]، عن المغيرة بن إسماعيل، عن عثمان بن عبدالرحمن، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً، أينكح ابنتها؟ أو يتبع البنت حراماً

---

(١) سقط من (ب) ذلك.

(٢) في (ب): و ابنتها.

(٣) انظر: الأحكام ١/٣٦٣ - ٣٦٤.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن ٧/١٦٨، والدارقطني في السنن ٣/٢٦٨، وابن ماجة ١/٦٤٩.

(٥) سقط من (ب) المخزومي.

هل ينكح أمها؟ قال: «لا يحرم الحرام حلالاً[١]، إنَّما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً»[٢].

فدل الخبر على ما ذهبنا إليه من وجوه: أحدها: أن السائل لما سأل عن اتباع المرأة حراماً، أجاب - صلى الله عليه وآله وسلم - بما دل على أنَّه لا يحرم، واتباع المرأة حراماً كناية من جهة العرف عن الزنى.

والثاني: عموم قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحرم الحرامُ الحلالَ» فوجب بهذا الظاهر أن يكون جميع[٣] الحرام لا يحرم الحلال إلاَّ ما منع منه الدليل.

والثالث: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً»، و (إنما) إذا دخل في الكلام دل على تخصيص الحكم بما تعلق به، فثبت أن ما لم يكن نكاحاً حلالاً لا يقع به التحريم.

فإن قيل:فقد قال الله تعالى:﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾(النساء /٢٢)، والنكاح اسم للوطء، فكأنه تعالى نهى عن وطء من وطئها الآباء، وفي هذا ثبوت ما نذهب إليه.

قيل له: إنَّ[٤] النكاح حقيقة عرفاً وشرعاً للعقد، وهو في الوطء قد صار اتساعاً، بدلالة أنَّه إذا قيل[٥] فلان نكح فلانة، لم يعقل منه إلاَّ العقد، وكذلك الإنكاح لا يعقل منه إذا أطلق إلاَّ العقد، وكل تحليل أو تحريم علق بضرب من النكاح في الشرع فليس يرجع به إلاَّ إلى العقد، والآيات التي ذكر فيها النكاح المراد بها العقد نحو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة /٢٣٢)، وقوله سبحانه: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ (النساء /٢٥)، وقوله: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (الأحزاب /٤٩)، وقوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا

---

(١) في (أ): الحلال.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن ١٦٩/٧، والدارقطني في السنن ٢٦٨/٣.
(٣) سقط من (ب) جميع.
(٤) سقط من (ب) إن.
(٥) في (ب) قيل له.

﴿الأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ (النور /٣٢)، وكذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدين»[١]. المراد به العقد، لا خلاف فيه، وكذلك ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنَّه نهى عن نكاح السر، وعن نكاح الشغار، ونكاح المتعة، وكل ذلك يحقق أن إطلاق العرف والشرع يوجب أن النكاح هو العقد، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن المراد بقوله: ﴿وَلا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ العقد، فلا يمكن التعلق به لقولهم.

فإن قيل: فقد روى أهل اللغة أن اسم النكاح كان اسماً للوطء، وهو مأخوذ من الجمع، وروي لعن الله ناكح البهيمة[٢].

قيل له: إن صح ذلك، لم يعترض ما قلناه؛ لأن الاسم لا يمتنع أن يوضع في أصل اللغة لأمر، ثُمَّ ينقله العرف، أو الشرع، أو هما جميعاً، فيكون استعماله إذا ورد في خطاب الله تعالى وخطاب رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - في المنقول إليه أولى، ويكون قد صار حقيقة فيه، وجرى فيما وضع له في الأصل مجرى المجاز، نحو قولهم دابة، إنما كانت اسماً لكل ما دب، ثُمَّ صار من جهة العرف اسماً للبهيمة المخصوصة، وكذلك الصلاة كانت في الأصل اسماً للدعاء، وحقيقة فيه، ثُمَّ نقلها الشرع فجعلها اسماً للعبادة المخصوصة، وحقيقة فيها، وحقيقة الغائط كان اسماً لما /٢٢/ انخفض من الأرض، ثُمَّ صار من جهة العرف والشرع اسماً لقضاء الحاجة المخصوصة، وصار حقيقة فيه، وصار استعماله فيما كان وضع له في الأصل جار مجرى المجاز، وكذا قولنا: نكاح، وإن صح فيه ما ذكروا، فقد غلب العرف والشرع عليه، وجعلاه اسماً للعقد، وحقيقة فيه، ويقال لهم: لا خلاف بين الأمة أن تحريم من عقد عليها الأب على ابنه قد عقل من قوله: ﴿وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ فثبت بالإجماع أن العقد مرادٌ - حقيقةً كان أو مجازاً - ومذهب من يخالفنا في هذه المسألة أنَّه لا يجوز أن يراد المعنيان المختلفان بعبارة واحدة، فلا يصح له ادعاء أن الوطء مراد به، فسقط تعلقهم به.

---

(١) سيأتي تخريجه في مسألة اشتراط الشاهدين.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣٩٦/٤، والطبراني في الأوسط ٢٣٤/٨.

فإن قيل: فأنتم أيضاً لا تنكرون أن تحريم من وطئ الأب بملك اليمين على ابنه مرادٌ بالآية، فيرجع عليكم ما اعترضتم به علينا.

قيل له: لم نسلم لكم ما ادعيتموه، ولم يمكنكم الاعتصام بالإجماع؛ لأن الذي ذكرتموه غير معلوم، وما ذكرناه معلوم؛ إذ لا خلاف أن الآية لما أنزلت،[1] نزلت للمنع من العقد على التي كان الآباء عقدوا عليها، وذلك مشهور في الأخبار والروايات، على أنا لو سلمنا ذلك، لم يلزمنا ما لزمكم؛ لأنا[2] نُجَوِّز أن يراد بالعبارة الواحدة معنيان مختلفان، فيسقط هذا السؤال.

فإن قيل: فقد روي: «من نظر إلى فرج امرأة، لم تحل له أمها ولا ابنتها»[3].

قيل له: هو محمول على من نظر على وجه يحل، بالأدلة التي قدمنا[4]، على أن الخبر قد قيل: إنَّه ضعيف، ومما يدل على ذلك أنَّه وطء لا يوجب تحريم الجمع، فوجب ألا يوجب التحريم المستدام؛ دليله وطء الميتة والذكور، أو يقال: هو وطء يوجب العقوبة الكاملة، فوجب ألا يقتضي التحريم؛ دليله وطء الذكور، أو يقال: هو وطء لم يتقدمه أمر يحقق التملك، أو يحيله[5]، دليله وطء الميتة والذكور، ولا خلاف أنَّه إذا زنى بامرأة، لم يحرم عليه نكاح أختها في الحال، فوجب ألا يحرم نكاح أمها وابنتها، والمعنى أنَّه زنى، فوجب ألا يحرم الحلال من العقود.

ويؤكد ما ذهبنا إليه أن الأصول تشهد لنا من حيث تفرق بين الوطء الحلال وبين الزنى في عامة الأحكام،كوجوب العدة، ولزوم النسب، والنفقة، وسقوط الحدود، وزوال المأثم، وأيضاً نحن رددنا الوطء الحرام إلى الوطء الحرام، وهم ردوه إلى الوطء الحلال، فكان قياسنا أولى؛ لأن الحرام بالحرام أشبه منه بالحلال.

---

(١) في (أ) أن الآية إنما أنزلت للمنع.

(٢) في (ب): لا نجوز، وكأنه سقط منها لفظ نا.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ١٦٩/٧، والدارقطني في السنن ٢٦٨/٣، وابن أبي شيبة في المصنف ٤٨٠/٣.

(٤) في (أ): قدمناها.

(٥) كذا في النسخ وشكل عليها.

وما ذكرناه من أن من وطئ امرأة بشبهة، لم تحرم عليه أمها، ولا ابنتها، ولا عليها أبوه، ولا ابنه، [١]وقد نص في (الأحكام)[٢] أن رجلاً وابنه لو تزوجا امرأتين، ثُمَّ أدخلت زوجة كل واحد منهما على صاحبه[٣] على سبيل الغلط، فوطئ كل واحد منهما من أدخلت إليه، لم تحرم كل واحدة منهما على زوجها بهذا الوطء الواقع على سبيل الغلط، ونص أيضاً عليه في (المنتخب)[٤]، ونص أيضاً في (الأحكام)[٥] (على أن رجلين)[٦] لو تزوج أحدهما امرأة، والآخر ابنتها، ثُمَّ أدخلت زوجة كل واحد منهما على زوج صاحبتها على سبيل الغلط، لم تحرم واحدة منهما على زوجها بالوطء الواقع على سبيل الغلط، (ونص عليه في (المنتخب)[٧] أيضاً)[٨].

ومعنى قولنا: شبهة،هو الوطء الذي لم يتقدمه سبب الاستباحة، ووقع على سبيل الغلط.

والشافعي يخالف في هذا، ويسوي بينه وبين الوطء الحلال.

والدليل على ما ذهبنا إليه في هذا الباب قول الله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾ (النساء /٣)، وقوله: ﴿**وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ**﴾ (النور /٣٢)، وقوله: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ**﴾ (النساء /٢٤) وغيرها من /٢٣/ الظواهر؛ إذ لم يستثن سبحانه منها من وطئت أمها أو ابنتها على سبيل الغلط، ولا التي وطئها ابن الناكح أو أبوه على سبيل الغلط، ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً». وقد علمنا أن الوطء على سبيل الغلط لا يجوز أن يقال فيه إنَّه نكاح حلال، على أن أصحابنا قد قالوا: إن ذلك الوطء حرام؛ فإذا ثبت،

---

(١) كذا في النسخ ولعل هناك ساقطاً.
(٢) انظر: الأحكام ١/٣٧٨/٣٧٩.
(٣) في (أ): غير زوجها.
(٤) انظر: المنتخب ١٣٣.
(٥) انظر: الأحكام ١/٣٨٠.
(٦) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٧) انظر: المنتخب ١٣٣.
(٨) سقط من (أ) ما بين القوسين.

دخل في عموم قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحرم الحرامُ الحلالَ».

فإن قيل: فلم قلتم: إنَّه حرام، وما أنكرتم على من قال لكم: إنَّه لو كان حراماً، لكان فاعله عاصياً، ومستحقاً للذم؟

قيل له: نقول إنَّه حرام؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ..الآية﴾ (المؤمنون/٥،٦)، فهذا قد وطئ غير من هي له زوجة وغير ملك اليمين، فوجب[1] أن يكون من العادين، وهذا يوجب أنَّ ما فعله حرام، فأما كونه عاصياً، ومستحقاً للذم، ففيه بعض النظر؛ لأن العاصي يكون عاصياً بفعل ما كرهه الله منه، واستحقاق الذم أيضاً تابع لذلك؛ وقد قال أصحابنا من المتكلمين إنَّه لا يجب أن يكون الله تعالى كارهاً لما يفعل على سبيل السهو، وإن كان الفعل قبيحاً، إلاَّ أن ذلك لا يخرج الفعل من أن يكون قبيحاً، فيجب ما قلناه في هذا الوطء أنَّه حرام؛ لأن الحرام هو القبيح الذي يقع من المكلف، ويؤيد هذه الطريقة قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ». على أنا لو قلنا: إنَّه قد عصى واستحق الذم، لم يبعد؛ لأنَّه لا بد أن يكون قد حصل منه بعض التقصير؛ لأنَّه لو تأمل حق التأمل، واستكشف الحال فَضْلَ استكشاف، لعلم، ومما يدل على أن ذلك الوطء قبيح أن لنا المنع منه، ألا ترى أنا لو رأينا رجلاً يريد أن يطأ امرأة أجنبي لغلطة عرضت له، كان لنا أن نمنعه من ذلك بكل وجه، بل كان يلزمنا ذلك؟ فدل على أنَّه حرام، ولذلك استدل كثير من أصحابنا المتكلمين على أن في أفعال الأطفال والبهائم ما يقبح بحسن منعنا لهم من كثير من الأفعال، ويدل على ذلك أنَّه وطء لا يجوز للواطئ المقام عليه مع علمه بصفته التي هو عليها، فوجب أن يكون حراماً، دليله الزنى، والوطء في الحيض والإحرام، وغير ذلك من الوطء المحرم، فإذا صح أنَّه حرام بما بيناه، تناوله العموم على ما ذكرناه.

ومما يدل على أن هذا الوطء لا يقع به التحريم ما أجمعنا والشافعي عليه من أن الزنى لا يقع به التحريم، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أنه وطء لم يصادف نكاحاً ولا

---

(١) في (أ): فيجب.

ملكاً على صحة أو شبهة، فوجب ألا يقع التحريم به فيه[1] قياساً على الزنى، فإن قاسوه على الوطء الذي يقع منه لشبهة النكاح أو الملك، كان ذلك شاهداً لقياسنا؛ لأن ذلك الوطء لما صادف شبهة النكاح أو الملك، اقتضى التحريم، والزنى لما لم يصادف ذلك، لم يقتضِ التحريم، ويمكن أن يقال إنَّه وطء لا يوجب تحريم الجمع، فوجب ألا يوجب التحريم المستدام، دليله الزنى. ويؤيد ما ذهبنا إليه أن هذا الوطء بالزنى أشبه منه بالوطء في النكاح[2]، وإن كان يشبه الوطء في النكاح في وجوه، وذلك أن الزنى فارق سائر وطء النساء - وإن شارك في التحريم كثيراً /٢٤/ منه - [في] أنَّه لا تستباح الموطوءة بالزنى إلاَّ بتجديد النكاح أو الملك، والوطء الذي اختلفنا فيه شارك الزنى في هذا، فوجب أن تكون هذه الشبهة أقوى من سائر الشبه[3] وإن كثر؛ لأنَّه مشابه للزنى في الصفة التي تخصه.

فإن قيل: هذا الوطء لا حد فيه، والحد من خصائص الزنى، فقد خالف الزنى في بعض خصائصه.

قيل له: إن الزنى ليس الحد من خصائصه؛ لسقوطه عن المجنون والصبي إذا زنيا، وليس كذلك ما ذكرنا؛ لأنَّه حكم لكل زان، فإن[4] تعلقوا بشيء مما تعلق به أصحاب أبي حنيفة من الآية والخبر، فالجواب على نحو ما مضى.

مسألة: في نكاح امرأة المفقود

قال: ولا يجوز لامرأة المفقود أن تتزوج حتى توقن بموته، أو تقوم به شهادة عادلة.

نص في (الأحكام)[5] على أنها لا تتزوج حتى تعلم خبره، وتوقن بموته، وليس الغرض الموت فقط، بل الغرض ما يوجب الفرقة، لأنَّه لو صح أنَّه طلقها، أو أنه ارتد،

(١) في (ب): منه.
(٢) في (أ): بالنكاح.
(٣) في (ب): التشبيه.
(٤) في (ب): فإن.
(٥) انظر: الأحكام ٣٦١/١.

جاز لها أن تتزوج كما يجوز للمطلقة، وزوجة المرتد، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والشافعي.

وحكي عن مالك أنها تتربص أربع سنين، ثُمَّ تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثُمَّ تتزوج، وهو قول الأوزاعي، وبه قال عمر بن الخطاب.

وذكر السيد أبو عبدالله الداعي - رضي الله عنه - أن المرأة إذا غلب في ظنها موت المفقود، فإنها تتزوج، أعني بالمفقود زوجَها .

وقال[1] القاسم - عليه السلام -: عمر الإنسان الطبيعي الذي لا يعيش أكثر منه، وهو مائة وعشرون سنة، وبه قال[2] أبو حنيفة.

وما ذهبنا إليه في هذه المسألة هو قول أمير المؤمنين - عليه السلام - وروى أنَّه قال: «أيما امرأة ابتليت، فلتصبر، حتى تستبين بموت، أو طلاق».

والأصل فيه أنَّه نكاح ثابت، فلا يصح[3] إبطاله إلاَّ بيقين، أو ما يقوم مقامه في الشرع من الشهادة، ألا ترى أن هذا هو الأصل في جميع الأشياء؟ نحو أن يكون أسيراً في يد عدو، أو مقيماً في بلد قصي، أن امرأته تكون على جملته، فكذلك إذا[4] لم تعرف خبره؛ لأنها في الحالين لم تعلم انقطاع العصمة بينها وبينه، ولا خلاف أن الواجب عليها قبل أربع سنين المقام على جملة النكاح،فكذلك بعدها، والعلة أنها زوجة[5] المفقود، والعلة الأولى تكشف صحة هذه العلة، أنها إذا علمت بانقطاع العصمة، جاز لها أن تتزوج في جميع الأحوال، وإذا لم تعلم، لم يجز، فبان أن الحكم به متعلق، ولا خلاف أن زوجها وإن طالت غيبته، لا يجوز له أن يتزوج بأختها، وإن كان تحته أربع، لم يجز له أن يتزوج سواهن، فكذلك المرأة ليس لها أن تتزوج، والمعنى

---

(١) في (ب): قال.

(٢) في (أ): وهو قول أبي.

(٣) في (أ): يجوز.

(٤) في (أ): إن.

(٥) في (أ): امرأة.

بقاء حكم الزوجية بينهما، ولسنا نعني ببقاء حكم الزوجية بينهما غير أن زوالها لم يثبت.

فإن قيل: لا ضرر على الزوج، فإنه يمكنه أن يطلقهن، وليس كذلك حال المرأة، والأصل أن الضرر يجب أن يدفع؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[(١)].

قيل له: هذا [(٢)] ينتقض بامرأة الأسير[(٣)]، والمقيم بالبلد النازح، ولا خلاف أن الواجب عليها الصبر على احتمال ذلك [(٤)] الضرر، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ضرر» لا يختص المرأة، بل يجب أن تمنع المرأة من النكاح؛ لئلا تدخل الضرر بذلك على الزوج، وقد حكي عن أبي حنيفة أنَّه قال: إذا بلغ عمر المفقود مائة وعشرين سنة، حكم بموته، وهذا لا معنى له؛ لأن مائة وعشرين /٢٥/ سنة في هذا الباب كمائة وخمس عشرة سنة، وكمائة وخمسة وعشرين، وثلاثين، فلا وجه لهذا التحديد، ولا يمكن أن يعتمد لصحة هذا القول ما يحكى عن الأطباء المتفلسفة أن ذلك هو النهاية في العمر؛ لأن قولهم في هذا الباب ليس عن أصل صحيح، وإنما هو ظن وحسبان، والشرع لا يجوز أن يبنى على الظن، وقد أخبر الله تعالى أن نبيه نوحاً - عليه السلام - لبث في قومه ألف سنة إلاَّ خمسين عاماً.

مسألة: في رجوع الزوج المشهود على موته

قال: فإن قامت الشهادة بموته، فتزوجت[(٥)] ثُمَّ رجع، فهو أحق بها من الذي تزوجها ثانياً، وعلى الثاني المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تستبري من ماء الثاني، فإن كانت حاملاً من الآخر، لم يدن منها الأول حتى تضع ما في

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٦٦/٢، وابن ماجة في السنن ٧٨٤/٢، والبيهقي في السنن ١٥٧/٦، والدارقطني ٧٧/٣.

(٢) سقط من (ب) هذا.

(٣) في (أ): أو المقيم.

(٤) سقط من (ب) ذلك.

(٥) في (أ): وتزوجت.

بطنها، فإن لم تضع حتى طلقها الأول، انتظرت بنفسها حتى تضع وتطهر من النفاس، ثُمَّ تعتد من الأول ثلاث حيض مستقبلة، وللأول مراجعتها ما دامت في العدة، فإذا خرجت من العدة، نكحت[١] أيهما شاءت، أو غيرهما.

وجميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

ما[٣] قلناه من أن الزوج الأول أحق بها، لا أحفظ فيه خلافاً بين الفقهاء، وإن كان يحكى[٤] ذلك عن عمر.

وما ذهبنا إليه هو قول علي - عليه السلام -: أخبرنا بذلك أبو الحسين بن إسماعيل قال: حدثنا الناصر[٥]، قال: حدثنا الحسن بن يحيى بن الحسين بن زيد، قال: حدثنا إبراهيم بن محمد، عن أبي معاوية، عن أبي إسحاق الشيباني، عن الشعبي، في رجل غاب عن امرأته، فبلغها أنَّه مات، فتزوجت، ثُمَّ جاء الزوج الأول قال عمر: يخير الزوج الأول بين امرأته وبين الصداق، فإن شاء، أخذ الصداق، وترك للآخر امرأته، وإن شاء، أخذ امرأته. وقال علي - عليه السلام -: يفرق بينها وبين الزوج الآخر، وتعتد بثلاث حيض، وترد على[٦] الأول، ولها الصداق بما استحل من فرجها[٧].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - نحو ذلك[٨]. وهو الصَّحيح؛ لأن غلط من غلط لا يبطل[٩] النكاح الثابت، ألا ترى أنَّه لو كان[١٠]

---

(١) في (أ): تزوجت.
(٢) انظر: الأحكام ٣٦١/١.
(٣) في (أ): وما.
(٤) في (أ): ذلك يحكى.
(٥) في (أ): - عليه السلام -.
(٦) في (أ): إلى.
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٢٢/٣.
(٨) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة.
(٩) في (أ): يفسد.
(١٠) في (أ): قسم ماله.

ماله اقتسم، فلا التباس أنَّه إذا رجع، استرجعه[١] ممن هو في يده، ولم يبطل ملكه، فكذلك النكاح، فأما ما ذهب إليه عمر من التخيير، فهو مما لا معنى له؛ لأن الإنسان يصح أن يخير بين شيئين إذا كان التعلق بينه وبين كل واحد منهما على سواء، وكان يمت إلى [٢] كل واحد منهما بسبب واحد، وقد علمنا أن نكاحه عليها ثابت، والمهر لا يملكه بوجه من الوجوه، وإنما هو كسائر أملاك المرأة، فكيف يصح أن يخير الإنسان بين ما يملكه ملكاً صحيحاً وبين مالا يملكه على وجه من الوجوه؟ اللهم إلاَّ أن يكون ذلك على وجه الصلح، فأما على طريق الإلزام، فلا معنى له.

وقلنا: إن لها المهر بما استحل من فرجها، لأنَّه قد حصل الوطء بنكاح شبهة، ولا خلاف أن المهر يجب فيه وفيما جرى مجراه، وهو قول علي - عليه السلام -.

وقلنا: إنَّه لا يقربها الأول حتى تستبرئ من ماء الثاني، لأنَّه لا خلاف أن الوطء الذي يقع بالشبهة[٣] يوجب العدة، وقد أفتى به أمير المؤمنين - عليه السلام - على ما سلف.

ووجه قولنا: إن الأول إن طلقها قبل أن تضع، فعليها أن تعتد بعد الوضع من الأول، وذلك[٤] أن العدة لا تتداخل؛لأن[٥] كل واحدة منهما حق لغير من الأخرى حق له، وسنبين الكلام في مسألة المعتدة إذا /٢٦/ تزوجت.

وقلنا: إن الأول له المراجعة ما دامت في عدة منه؛ لأنَّه لا خلاف أن الرجعة جائزة في التطليقة الرجعية ما لم تنقضِ العدة.

وقلنا: إنما تتزوج أيهما شاءت بعد العدة؛ لأن كل واحد [٦] منهما خاطب من الخطاب إذا لم يحصل على حال يمنع من نكاحها.

---

(١) في (أ): يسترجعه.
(٢) سقط من (ب) إلى.
(٣) في (أ): الشبهات.
(٤) لو حذف وذلك،كان أولى.
(٥) في (أ): وذلك لأن.
(٦) سقط من (ب) واحد.

مسألة: في نكاح ولد الزنى

قال القاسم - عليه السلام -: ولا بأس بنكاح ولد الزنى، سواء كان الزوج للزنى والزوجة لرشدة، أو الزوجة للزنى، والزوج لرشدة.

وهذا منصوص عليه في (مسائل النيروسي) وهو مما لا أحفظ فيه خلافاً، والظواهر المبيحة لم تستثن من كان للزنى، و[1]كذلك لا فصل بينه وبين غيره في سائر الأحكام.

فإن قيل: فكيف تقولون: إن من تكون لرشدها يتزوج بها ولد الزنى، وأنتم تقولون: إن النسب في الأكفاء معتبر به؟.

قيل له: ليس الأكفاء من جواز النكاح في شيء؛ لأن للمرأة أن تتزوج من ليس بكفؤ[2] لها إذا رضيت ورضي الأولياء، ونحن إنَّما قلنا في ولد الزنى ما قلناه في جواز النكاح.

---

(١) سقط من(أ): و.

(٢) في (أ): تتزوج بغير كفؤ.

باب القول فيما يصح أو يفسد من النكاح

مسألة: في اشتراط الولي والشهود

كل نكاح يعقد من غير ولي وشهود، فهو فاسد، وكذلك إن عقد بولي من غير شهود، أو شهود من غير ولي، فهو أيضاً فاسد، وكذلك إن عقد بشهادة النساء وحدهن فهو أيضاً فاسد.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢] غير ما ذكرنا من فساد النكاح بشهادة[٣] النساء وحدهن فإنه منصوص عليه في (الأحكام) [٤].

أما الكلام فيما يتعلق بالشهادة، فإنا نستوفيه إن سهل الله تعالى في باب شهادة النكاح، والذي يحتاج أن[٥] يبين في هذا الموضع هو الكلام في أن النكاح لا بد فيه من الولي، وبه قال الناصر، والشافعي، وهو قول علي - عليه السلام -. قال أبو حنيفة يصح النكاح من غير ولي.

والذي يدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني، قال: أخبرنا[٦] أحمد بن خالد، قال: حدثنا يحيى بن إسماعيل الكوفي، قال: حدثنا [٧] أبو زكرياء البجلي، قال: حدثنا الحسين بن إسماعيل بن خالد بن جرير، قال: حدثنا محمد بن يعلى، عن عمر بن صبيح، عن مقاتل بن حيان، عن الأصبغ بن نباتة، عن علي - عليه السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «أيما امرأة تزوجت من غير ولي،

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٤٥ - ٣٤٦.
(٢) انظر: المنتخب ١٢٥.
(٣) في (ب):من شهادة.
(٤) انظر: الأحكام ١/٣٧٧.
(٥) في (أ): أنا.
(٦) في (أ): حدثنا.
(٧) سقط من (أ) حدثنا.

فنكاحها باطل، ثُمَّ هو باطل، ثم هو باطل، وإن لم يكن لها ولي، فالسلطان ولي من لا ولي له»[١].

وأخبرنا أبو العباس الحسني، قال: أخبرنا عبدالعزيز بن إسحاق البغدادي، قال: حدثنا علي بن أحمد بن حاتم التميمي، قال: حدثنا الحسن بن عبدالواحد، قال: حدثنا إبراهيم بن محمد بن ميمون، عن صالح بن أبي[٢] الأسود، عن أبي الجارود، عن أبي جعفر محمد، وزيد - ابنا علي - عليه السلام -[٣] - قالا: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا نكاح إلاَّ بولي وشهود»[٤].

وأخبرنا أبو العباس الحسني، قال: أخبرنا أبو أحمد الأنماطي، قال: حدثنا أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم الصنعاني، قال: أخبرنا عبدالرزاق، عن عبدالله بن محرز، عن قتادة، عن الحسن، عن عمران بن الحصين، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدي عدل»[٥].

وأخبرنا أبو الحسين البروجردي، قال: حدثنا محمد بن /٢٧/ عمر الدينوري، قال: حدثنا عباد بن عمرو، قال: حدثنا عبيدالله بن موسى، قال: أخبرنا ابن جريح، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال النبي[٦] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تنكح المرأة إلاَّ بإذن وليها، فإن نكحت، فهو باطل، فهو باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما أصاب منها، وإن تشاجرا، فالسلطان ولي من لا ولي له»[٧].

وأخبرنا البروجردي، قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عمر الدينوري، قال: حدثنا

---

(١) أخرجه البيهقي عن علي - عليه السلام - في السنن ١١١/٧.

(٢) سقط من (أ) أبي.

(٣) هكذا بالرفع أي هما ابنا.

(٤) أخرجه البيهقي ٥٦/٧.بسند غير هذا.

(٥) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في المصنف ٣٥٣/٦، والترمذي في السنن ٤٠٧/٣.

(٦) في (أ): رسول الله.

(٧) أخرجه الحاكم ١٨٢/٢، وابن حبان ٣٨٤/٩، وأبو داود ٢٢٩/٢، وابن أبي شيبة ٤٥٤/٣.

محمد بن غالب، قال: حدثنا عبدالصمد بن النعمان، قال: حدثنا الربيع بن بدر [(١)]، عن النبهان بن [(٢)] الخطاب، عن عطاء، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البغايا اللاتي يُزوجنَ أنفسهن بغير ولي، ولا يجوز إلاّ بولي وشاهدين»[(٣)].

وحديث ابن سيرين، عن أبي هريرة، قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: «لا تُنْكِحُ المرأةُ المرأةَ، ولا تنكح نفسَها»[(٤)]. فهذه الأخبار كلها نصوص تصرح بما ذهبنا إليه.

فإن قيل: المرأة البالغة العاقلة ولية نفسها، فإذا تزوجت، كان ذلك نكاحاً بولي، فلا نكون خالفنا الآثار الواردة.

قيل له: هذا التأويل يسقط[(٥)] من وجوه: أحدها: أن اسم الولي لا يتناول من يلي أمر نفسه، لا من طريق اللسان، ولا من طريق الشرع، وإنما يتناول هذا الاسم من يلي أمر غيره، يحقق ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[(٦)]. فوجب أن يكون وليها غير نفسها، خلاف ما قال أبو حنيفة[(٧)]، وحتى لا تكون كقوله أحق بنفسها من نفسها، وهذا محال.

ومنها قوله[(٨)] - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما امرأة تزوجت بغير ولي، فنكاحها باطل». فجعلها غير وليها، وكذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البغايا اللاتي يزوجن أنفسهن بغير ولي». فكل ذلك يسقط هذا التأويل.

---

(١) في (ب): ابن زيد وهو خطأ.
(٢) في (أ) أبي الخطاب.
(٣) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٨٦/٤، والبيهقي في السنن١٢٥/٧.
(٤) أخرجه البيهقي ١١٠/٧، والدارقطني ٢٢٨/٣، وابن ماجة ٦٠٦/١.
(٥) في (أ): ساقط.
(٦) أخرجه البيهقي ١١٩/٧، والدارقطني ٢٤٠/٣، وابن أبي شيبة ٤٥٨/٣.
(٧) في (أ): خلاف أبي حنيفة.
(٨) في (أ) أن قوله.

فأما تعلق المخالف بأن في هذه الأخبار مراسيل، فلا وجه له؛ لأنَّه لا خلاف بيننا وبين المخالف لنا في هذه الأخبار أن المراسيل مقبولة.

وربما قالوا[١] روي عن ابن جريح أنه قال: ذكرت حديث سليمان بن موسى، عن الزهري في هذا الباب للزهري فلم يرفعه، وهذا لا معنى له؛ لأن الزهري يجوز أن يروي شيئاً ثُمَّ ينساه، وهذا لا يوجب سقوط الحديث، على أن ذلك الحديث قد رواه عن الزهري غير سليمان.

فإن قيل: نحن نخص هذه الأخبار، ونجعلها في التي لم تبلغ، أو المجنونة، أو التي وضعت نفسها في غير كفؤ، أو في المملوكة، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة /٢٣٤)، وقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٣٠)، وقوله: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة /٢٣٢).

قيل له: أما قوله: ﴿فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فلا ظاهر له، ولا يصح لكم التعلق به؛ لوجهين، أحدهما: أنه تعالى نفى الجناح عنا فيما فعلن هن في أنفسهن، وهذا لا يدل على أن ما فعلن هن في أنفسهن جائز؛ لأن انتفاء الجناح عن زيد لا يدل على جواز ما يفعله عمرو، وإذا[٢] ثبت هذا، فلا بد في الآية من ضمير، وإلا لم يكن لها فائدة، ويحتمل[٣] أن يكون المراد بها فلا جناح عليكم أن تعقدوا ما فعلن في أنفسهن بالمعروف، فرفع الجناح بشرط أن /٢٨/ يكون ما فعلن في أنفسهن بالمعروف، والمعروف هاهنا مجمل لا يعرف المراد به إلاَّ بغيره، فوجب أن يكون ما هو شرط فيه مجملاً، ووجب أن يرجع إلى غيره، على أن الظاهر أن لنا فيما فعلن في أنفسهن فعلاً ينفي الجناح عنا فيه، وليس ذلك إلاَّ تولي العقد عليهن.

و[أما]قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة/٢٣٠) [فـ]المراد به حصول النكاح، لا ما به يصح النكاح، يكشف ذلك أن

---

(١) في (أ) أنهم قالوا.

(٢) في (أ): فإذا.

(٣) لعل هذا هو الوجه الثاني .

المخالف لنا في هذه المسألة[١] لا ينكر أن الولي لو زوجها، لدخلت في الآية، فبان أن المراد ليس حصول النكاح من جهتها فقط.

و[أما]قوله: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [فهو] مما يستدل به على أن الولي يملك أمرها؛ لأن النهي عن الشيء يدل على أن المنهي عنه متمكَن من فعله، فلولا أن العضل له حكم، لم يكن للنهي عنه معنى، لأن النهي يكون[٢] إذاً نهياً عما لم يتمكن منه، وذلك لا يصح، ألا ترى أن عضله لو لم يكن له حكم، لكان المنع لا يصح؟ لأنَّه كان يصح منها أن تتزوج مع المنع، فلا يصح النهي عنه، على أنَّه قد روي عن الحسن فيما رواه عنه أبو داود في (السنن) [٣] وغيره، قال: حدثني معقل بن يسار، قال: كانت لي أخت تُخطب، فأتاني ابن عم لي، فأنكحته، ثُمَّ طلقها طلاقاً له رجعة، ثُمَّ تركها حتى انقضت عدتها، فلما خُطبت، أتاني يخطبها، فقلت: والله لا أنكحها أبداً، قال: ففيَّ نزلت هذه الآية: ﴿فَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَ..﴾ الآية، قال: فكفرت عن يميني، وأنكحتها[٤] إياه. ألا ترى أن الله تعالى جعل امتناعه من الإنكاح عضلاً، فنهى عنه؟ فلولا أن نكاحها كان يتعلق به، كان لا يكون ذلك [٥] عضلاً، ولجاز أن تزوج هي نفسها؛ فبان أن الآية تدل على ما ذهبنا إليه دون مذهبهم، على أن ما تعلقوا به من هذه الآية إنَّما هو بيان جواز عقدة النكاح، دون ما به ينعقد، وأخبارنا التي استدللنا بها قد تتضمن بيان ما به ينعقد، وفيه اختلفنا، فصارت بموضع الخلاف أخص، وصار التعلق بها أولى.

فإن قيل: فقد روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها». وهذا يوجب تخصيص أخباركم.

قيل له: هذا يوجب صحة مذهبنا، وذلك أن قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –:

---

(١) سقط من (أ) المسألة.

(٢) في (أ): النهي قد يكون.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣٦.

(٤) في (أ): زوجتها.

(٥) سقط من (ب) ذلك.

«أحق بنفسها من وليها» يوجب أن للولي حقاً في نفسها، كما أن لها حقاً فيها، إلاَّ أن حقها أوكد؛ لأن لفظة أفعل ظاهرها أنها لا تستعمل بين شيئين[١] إلاَّ في أمر يشتركان فيه، ويكون لأحدهما مزية، وهذا نص مذهبنا؛ لأنا نقول فيه[٢]: إن المرأة إذا خطبها كفؤ، كان لكل واحد من الولي والمرأة حق في العقد؛، لأنه لا يتم عندنا إلاَّ بهما، إلاَّ أن حق المرأة آكد، وذلك أن الولي لو امتنع، أجبر، والمرأة لو امتنعت[٣]، لم تجبر، فأما قولهم: إن الولي لا حق له في العقد، فإنه لا يصح مع قوله: «أحق بنفسها من وليها».

فإن قيل: ونحن نقول بذلك في موضع آخر[٤]، وهو إذا خطبها غير كفؤ، فيوجب[٥] للولي فيه حقاً؛ لأن العقد عندنا إذ ذاك لا يتم إلاَّ بالولي.

قيل له: ففي هذا الموضع /٢٩/ يستويان فيه - أعني المرأة والولي - ولا مزية فيه للمرأة على الولي، فلا يصح صرف قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - وإذا لم يصح ذلك، وجب[٦] صرفه إلى ما قلناه، وفيه صحة مذهبنا.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[٧].

قيل له: هذا الحديث، والحديث الذي يقول: «الأيم أحق بنفسها» فيما رواه نافع بن جبير بن مطعم، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قد روي بألفاظ مختلفة، فروي: « الثيب أحق بنفسها »[٨]. وروي: « الأيم أحق بنفسها »،

---

(١) في (أ): معنيين.
(٢) سقط من (ب) فيه.
(٣) إذا امتنع أجبر، والمرأة إذا امتنعت.
(٤) في (أ): مواضع أخر.
(٥) في (ب): فوجب.
(٦) في (ب): فوجب.
(٧) أخرجه ابن حبان ٣٩٩/٩، والبيهقي ١١٨/٧، والدارقطني ٢٣٩/٣، وأبو داود ٢٣٣/٢.
(٨) أخرجه مسلم ١٠٣٧/٢، والبيهقي ١١٥/٧.

وفي أواخر الحديث، « واليتيمة تستأمر »[١]، وفي بعضها: « والبكر تستأمر، وأذنها صماتها »[٢]، « وإقرارها صماتها »[٣]ـ فكان الحديث حديثاً واحداً، واختلفت ألفاظ الرواة، فلا يمتنع أن يكون بعضهم روى ما كان عنده من المعنى، فاعتقد أن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الثيب أحق بنفسها» يوجب ألا حق للولي في أمرها، فروى: « ليس للولي مع الثيب أمر »، والقصد في جميع ذلك بيان[٤] الفرق بين الثيب والبكر في الاستئمار، وهذا مما لا خلاف فيه، فإن صح اللفظ فهو محمول على أن المراد به ليس للولي أن يستبد بالأمر دونها، على أن من يخالفنا في هذه المسألة لا ينكر أن الثيب إذا كانت صغيرة، فلوليها أن يعقد عليها من دون استئمارها، وكذلك الثيب من المماليك، فبان أن الخبر خاص، وصح حمله على ما قلناه.

فإن قيل: فقد روي أن امرأة جاءت[٥] إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فوهبت نفسها له، فقال: «مالي في النساء حاجة»، فقام رجل، فسأله أن يزوجها إياه، فزوجه بها[٦]، ولم يسألها: هل لها ولي، ولم يشترط الولي في جواز العقد.

قيل له: يحتمل أنَّه لم يكن للمرأة ولي في الحال، فلذلك زوَّجها؛ إذ ليس في الحديث أنَّه كان لها ولي فلم يُستأذن في أمرها، وعلى هذا النحو جواب من سأل عن أمر النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في ابن أم سلمة بأن يزوجها منه - صلى الله عليه وآله وسلم - وهو صغير؛ لأنَّه لا يمتنع أن يكون الغلام صغيراً في المنظر وقد عرف - صلى الله عليه وآله وسلم - بلوغه، أو يكون ذلك خاصاً للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وجملة الأمر أن هذين الحديثين حكاية فعلٍ خاص؛ لأنهما وقعا على وجه مخصوص، فلا يمكن ادعاء العموم فيه.

---

(١) انظر سنن الدارقطني ٣/٢٤٠.
(٢) انظر سنن أبي داود ٢/٢٣٢.
(٣) انظر سنن البيهقي ٧/١١٥.
(٤) سقط من (أ) بيان.
(٥) في (أ): أتت.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن ٧/١٤٤.

ويبين أن ما ذهبنا إليه هو قول علي - عليه السلام - وقول ابن عباس: [ما] أخبرنا أبو العباس الحسني[١]، قال أخبرنا أبو أحمد الأنماطي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن قيس بن [الربيع عن] عاصم بن بهدلة، [عن زر]، عن علي - عليه السلام -: «لا نكاح إلاَّ بإذن ولي»[٢].

وأخبرنا أبو العباس الحسني، قال: أخبرنا أبو أحمد الأنماطي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبدالرزاق، عن محمد بن محرز، عن ميمون بن مهران، قال: سمعت ابن عباس يقول: البغايا اللاتي يتزوجن بغير ولي[٣]. وروي هذا القول عن عمر.

وروي أن عائشة كانت تخطب، فإذا[٤] أرادت العقد، أمرت غيرها، وقالت: إن النساء لا يعقدن، و لم يرو خلافه عن غيرهم، فجرى مجرى إجماعهم.

أخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا محمد بن خزيمة، قال: حدثنا يوسف بن عدي، عن عبدالله بن إدريس، عن ابن جريج، عن عبدالرحمن بن القاسم، عن عائشة: أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها جارية من بني أختها، فضربت بينهم بستر، ثُمَّ كلمت، حتى إذا لم يبق إلاَّ النكاح، أمرت رجلاً فأنكح، ثُمَّ قالت: « ليس إلى النساء النكاح »[٥].

ومما يدل على ذلك أنَّه لا خلاف بيننا وبين المخالف أن النكاح أمر يفتقر إلى الشهود، /٣٠/ والدلالة أيضاً قد دلت عليه، فوجب أن يكون لافتقاره إلى غير المتخاطبين فيه - مع بلوغهما وحريتهما - وغير الشهود، مسرح، دليله الحكم، وأيضاً لا خلاف أن المكاتبة لا يجوز نكاحها إلاَّ بولي[٦] فكذلك الحرة، والمعنى أنَّه

---

(١) في (أ): - رحمه الله تعالى -.
(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/١٩٦، وما بين الأقواس منه.
(٣) أخرجه عبد الرزاق ٦/١٩٧.
(٤) في (أ): وإذا.
(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/١٠.
(٦) في (أ): بالولي.

عقد نكاح، فوجب ألا يصح[1] إلاَّ بالولي، ولا خلاف أيضاً أنها لو أرادت أن تضع نفسها في غير كفؤ، لم يتم ذلك إلاَّ بولي، فكذلك إذا وضعت في الكفؤ، والمعنى أنَّه عقد يفتقر إلى الشهادة، أو يقال: إنَّه عقد نكاح.

فإن قيل: إنها تملك بدل بضعها، وتتصرف فيه، فوجب أن يصح تصرفها في البضع، كالثمن والمثمَّن.

قيل له: هذا منتقض؛ لأن ولي الدم يملك بدل الدم من الدية، ويتصرف فيها، وإن كان لا يملك المبدل، ولا يتصرف فيه.

فإن قيل: الولاية تثبت عليها في حال الصغر على نفسها ومالها، فإذا بلغت، وجب أن تنقطع الولاية عن نفسها كما تنقطع عن مالها؛ لاجتماعهما جميعاً في جواز التصرف عليها في ذلك، وقاسوا الأنثى على الذكر بوجوب انقطاع الولاية عند البلوغ.

قيل له: لا خلاف أن حكم المال في هذا الباب ليس هو حكم النكاح، وأن حكم الذكر في النكاح ليس هو حكم الأنثى؛ لأن المرأة إذا بلغت، وضعت مالها حيث شاءت، ولم يبق ولاية تمنع من ذلك، وكذلك الذكر إذا بلغ، تزوج من شاء، وليس لأحد من الأولياء أن يمنعه من ذلك، والمرأة إذا أرادت أن تضع نفسها في غير كفؤ، كان للولي أن يمنع من ذلك، فبان أن حكم الولاية على النساء في النكاح لا ينقطع، وإن انقطع عن المال والذكور، على أن قياسهم لو ثبت، لكان يكون قياسنا أولى؛ للحظر، والاحتياط، ولأنه يوجب حكماً شرعياً، ولأن النصوص القاطعة تعضده، وكذلك إجماع الصحابة، ولأنا وجدنا النكاح قد قصر فيه حال النساء عن حال الرجال بدلالة[أنها] إذا أرادت وضع نفسها في غير كفؤ، مُنعت من ذلك، وأن العقد يمضي على البكر البالغة بغير عبارة منها عن الرضا، فوجب ألا تقوم المرأة فيه مقام الرجل، كالإمامة في الصلاة، وكالشهادة، والقضاء، والإمامة العامة، ويقوي ذلك قول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور /٣٢) فجعل إلينا إنكاح الأيامى، كما

(١) في (أ): يتم.

جعل إلينا إنكاح الإماء والعبيد، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ (البقرة /٢٢١) فجعل أمر الإنكاح[١] إلينا، ولم يخاطب النساء، فثبت بذلك أجمع صحة ما ذهبنا إليه في هذا الباب.

وحكي عن مالك أنَّه فصل بين الشريفة والوضيعة، فمنع نكاح الشريفة إلاَّ بالأولياء، وأجاز ذلك للوضيعة، وهذا لا معنى له؛ لأن جميع ما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة والعترة لا تفصل بين حال الشريفة والوضيعة في ذلك، فإذا[٢] لم يخالف في الشريفة، أمكن أن يقاس عليها الوضيعة؛ بعلة أنها تعقد عليها عقد النكاح، فوجب ألا يصح إلاَّ بولي.

وحكي عن أبي ثور أنَّه قال: إذا أذن الولي، جاز أن تعقد المرأة على نفسها، وهذا يبطله قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا تُنكح المرأةُ المرأةَ، ولا المرأة نفسَها»، وقوله: «أيما امرأة تزوجت بغير ولي، فنكاحها باطل»، وقوله: «لا نكاح إلاَّ بولي»، وقوله: «البغايا اللواتي يزوجن أنفسهن بغير ولي» ويحجه كثير مما مضى على أبي حنيفة من الكتاب والقياس.

مسألة: في نكاح المتعة

قال: ونكاح المتعة حرام، وهو أن يتزوج الرجل المرأة إلى أجل مضروب.

نص في (الأحكام) [٣] على تحريم المتعة، وروى ذلك فيه عن /٣١/ جده القاسم – عليه السلام – وهو قول الناصر – عليه السلام – والزيدية أجمع، وسائر العلماء، إلاَّ ما يحكى عن زفر أنَّه أبطل الشرط، وأجاز العقد، وذهبت الإمامية إلى أنها حلال، وأنها لم تنسخ، وروي عن ابن عباس أنَّه كان يستبيحها، وروي أنَّه رجع عن ذلك.

والأصل في تحريمها: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني قال: حدثنا أحمد بن الفضل،

---

(١) في (أ): النكاح.

(٢) في (أ): وإذا.

(٣) انظر: الأحكام ١/٣٤٩ - ٣٥١.

قال: حدثنا أبو بكر جعفر بن محمد الفريابي، قال: حدثنا ابن المصفى[١]، قال: حدثنا الفريابي عثمان بن سعيد، عن ابن لهيعة، عن موسى بن أيوب الغافقي، عن عمه، عن إياس، عن عامر المزني، عن علي - عليه السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه نهى عن المتعة، وقال: إنَّما كانت لمن لم يجد، فلما أنزل الله تعالى النكاح، والطلاق، والميراث بين الزوج والمرأة، نسخت[٢].

وأخبرنا أبو العباس الحسني، قال: حدثنا عبدالعزيز بن إسحاق، قال: حدثنا أحمد بن منصور الحيري، قال: حدثنا محمد بن الأزهري الطائي، قال: حدثنا أبو إبراهيم بن يحيى المزني، عن عبدالله بن الحسن، عن أبيه، عن جده، عن علي عليه الصلاة والسلام، قال: «حرم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - المتعة من النساء[٣] يوم خيبر، وقال: لا أجد أحداً يعمل بها إلا جلدته»[٤].

وأخبرنا أبو الحسين البروجردي، قال: حدثنا محمد بن عمر، قال: حدثنا نجيح بن إبراهيم، قال: حدثنا سعيد بن عمر، قال: حدثنا عبثر بن القاسم أبو زبيد، عن سفيان الثوري، عن مالك بن أنس، عن محمد بن مسلم، عن الحسن بن محمد بن الحنفية، عن أبيه، قال: تكلم علي وابن عباس في متعة النساء، فقال علي: « إنك امرؤ تائه، إن النبي[٥] - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية »[٦].

وأخبرنا أبو بكر المقرئ، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا علي بن سعيد، قال: حدثنا يونس بن محمد، قال: حدثنا عبدالواحد بن زياد، قال: حدثنا أبو عميش، عن

---

(١) في (ب) ابن المصطفى .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٢٠٧/٧.
(٣) في (ب): المتعة في النساء.
(٤) أخرج نحوه البخاري ١٩٦٦/٥، ومسلم ١٠٢٧/٢، وابن حبان ٤٥٠/٩، والترمذي ٤٢٩/٣. وكلهم بإسناد عن الزهري عن الحسن وعبد الله ابني محمد بن علي (الحنفية) عن أبيه - عليه السلام-.
(٥) في (أ): رسول الله.
(٦) أخرجه البيهقي ٢٨/٥، وأبو عوانة ٢٠٢/٧، وعبد الرزاق ٥٠١/٧.

إياس بن سلمة بن الأكوع، عن أبيه، قال: أذن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في متعة النساء ثُمَّ نهى عنها[(١)].

وأخبرنا أبو سعيد الأبهري، قال: أخبرنا أبو الحسين محمد بن علي بن أبي الحسن الصدفي الفقيه، بمصر، قال: أخبرنا يونس بن عبدالأعلى الصدفي، قال: أخبرنا أنس بن عياض الليثي، عن عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز، عن الربيع بن سبرة الجهني، عن أبيه، قال: وردنا مكة مع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - من حجة الوداع، فقال: «استمتعوا من هذه النساء» والاستمتاع عنده[(٢)] النكاح، فكلم النساء من كلمهن منا، فقلن: لا ننكح إلاَّ وبيننا وبينكم أجل، فذكرنا ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «اضربوا بينكم وبينهن أجلاً»، فخرجت أنا وابن عم لي، ومعي برد، ومعه برد [(٣)] أجود من بردي، وأنا أشبُّ منه، فمررنا بامرأة، فأعجبها شبابي، وأعجبها برده، فقالت: بردك بردي، وجعلت الأجل بيني وبينها عشراً، فبتُّ عندها تلك الليلة، فغدوت فإذا النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قائم بين الركن والباب يخطب الناس، فقال: « يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم بالاستمتاع من هذه النساء، ألا وإن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده شيء منهن، فليخل سبيلها، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً »[(٤)].

وفي حديث زيد بن علي - عليهم السلام - عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن نكاح المتعة في خيبر»[(٥)].

وفي حديثه عن علي - عليه السلام -: «لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدين، ليس

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٦/٣ وفيه علي بن قعيد.

(٢) في (أ): عندنا.

(٣) في (أ): وبرده أجود.

(٤) أخرجه مسلم ١٠٢٢/٢، ١٠٢٥، وابن حبان ٤٥٤/٩، والدارمي ١٨٨/٢، والبيهقي ٣٥٢/٤.

(٥) في (أ): يوم خيبر. والحديث في المسند كتاب النكاح باب الولي والشهود . وفيه (عام خيبر) وهو الأنسب.

بالدرهم والدرهمين، ولا اليوم ولا[١] اليومين، شبه[٢] السفاح، ولا شرط في نكاح»[٣].

فإن قيل: ففي هذه الأخبار ما يدل على الضعف والإضطراب، وذلك أن في بعضها أنها نسخت يوم خيبر، وفي بعضها أنها أبيحت يوم فتح مكة، ثم نسخت[٤]، وكان خيبر قبل الفتح بمدة، وإذا /٣٢/ حصل هذا الضرب من الاضطراب، لم يصح التعلق بها.

قيل له: هذا الذي ذكرتموه لا يدل على الاضطراب والضعف؛ لأنّه جائز أن يكون نسخت يوم خيبر على ما رواه علي - عليه السلام - وغيره، ثُمَّ أبيحت بعد ذلك يوم فتح مكة، إما إباحة عامة، وإما لقوم بأعيانهم، ثُمَّ نسخت، وإذا كان هذا جائزاً، فلا يجب ضعف الأخبار.

فإن قيل: فإن إباحة المتعة معلومة، والنسخ إنَّما هو بخبر الواحد، ولا يجب نسخ المعلوم بخبر الواحد، كما لا يجب نسخ القرآن به.

قيل له: الأصل في خبر الواحد أنّه مقبول إذا سلم سنده، ولا يمتنع أن ينسخ به ما هو معلوم، ألا ترى أنا نقبل خبر الواحد في إباحة ما حظره العقل، وفي حظر ما أباحه، وكذلك نقبله في استباحة الفروج، مع أن حظرها معلوم على الجملة شرعاً؟ فإذا ثبت هذا، لم يمتنع ما قلنا.

فأما نسخ القرآن بخبر الواحد، فلسنا نمنع منه عقلاً، وإنما نمنع منه لدلالة شرعية، ألا ترى أن من الناس مَن لا ينسخه بالخبر المتواتر، وإنما يقبل[٥] خبر الواحد في تخصيص القرآن، ومن طريق الاعتبار لا فصل بين التخصيص والنسخ، وإنما الفاصل بينهما الشرع، على أنّه لا خلاف بيننا وبين الإمامية في أن المسح على الخفين

---

(١) سقط من (أ) لا.
(٢) في (ب): شيبة.
(٣) أخرجه محمد بن منصور ١٧/٣.
(٤) في (ب): فسخت.
(٥) في (أ):وإنا نقبل.

منسوخ، وثبوت المسح في الأصل معلوم، ونسخه إنّما هو بخبر الواحد، فإذا لم يمتنع ذلك في نسخ المسح، لم يمتنع في نسخ المتعة، على أن الأخبار الواردة في نسخ المتعة أظهر وأقوى؛ لأن فيها لفظة النسخ عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وفيها أنه نسخها وحرمها إلى يوم القيامة، وليس في نسخ المسح هذا النص، وإن كان ذلك أيضاً ثابتاً صحيحاً، فبان بما بيناه أنّه لا يعترض بما ذكروه.

فإن قيل: ففي القرآن ما يدل على إباحة المتعة، وهو قوله تعالى: ﴿**فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ (النساء /٢٤)، فإذا ثبتت الإباحة بالقرآن، فلا خلاف أنّه لا يجوز نسخها بخبر الواحد.

قيل له: ليس في الآية ما يدل على إباحة المتعة؛ لأن الاستمتاع في اللغة هو الانتفاع به، ومنه قوله تعالى:﴿**أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُم بِهَا**﴾ (الأحقاف/٢٠)، وقوله تعالى: ﴿**فَاسْتَمْتَعْتُم بِخَلاقِكُمْ كَمَا اسْتَمْتَعَ الَّذِينَ مِن قَبْلِكُم بِخَلاقِهِمْ**﴾ (التوبة /٦٩) فالمراد بالاستمتاع الانتفاع بهن بالنكاح الصَّحيح، وما روي عن ابن عباس أنّه قرأ فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى، فالرواية قد قيل: إنها ضعيفة، وإن ثبتت فيحتمل أن يكون المراد به تأخير المهر، ونحن نُجوز المهر المؤجل، وتفيد الآية – إن صحت الرواية – جواز ذلك، ووجوب الإيفاء إذا حل الأجل، فلا دليل فيه على المتعة على وجه من الوجوه.

وفيه من طريق النظر أنّه عقد معاوضة يقتضي إطلاقه التأبيد، فوجب أن يفسده التوقيت، دليله البيع، وأيضاً هو عقد يختص استباحة الوطء، ولا يجري فيه الطلاق والمواريث، مع كون كل واحد من الرجل(١) والمرأة وارثاً وموروثاً، وكون الرجل ممن يصح(٢) طلاقه، فوجب أن يكون فاسداً، دليله النكاح الفاسد.

فأما ما كان يذهب إليه زفر من أن النكاح ثابت، والشرط فاسد، فلا معنى له؛ لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم – في المتعة: «إنما كانت لمن لا يجد، فلما أنزل الله

(١) في (أ): الزوج.
(٢) في (ب): يصلح.

تعالى النكاح، والطلاق، والميراث، نسخت». وظاهر الكلام أن المراد به العقد، وكذلك قول علي عليه /٣٣/ السلام: حرم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - متعة النساء، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «فمن كان عنده شيء، فليخل سبيلها». وما ذكرناه من القياس الأول أيضاً يفسد قوله، ولأن هذا القول خلاف الإجماع؛ لأن الناس أحد رجلين: رجل يحرم العقد ويبطله، ورجل يجيز العقد مع الشرط، فحصل الإجماع على أن شرطها كعقدها، فالفاصل بينهما تارك للإجماع، على أن العقد لا يخلو من أن يبيحها في المدة المذكورة، أو يبيحها فيها وفيما بعدها، فإن أباحها في المدة المذكورة فقط، فهو المتعة، وإن أباحها في المدة وبعدها، لم يصح ذلك، لأن العقد إنَّما يتناول المدة، ألا ترى أن الإجارة لما كانت عقداً على أمر مضروب، لم يتناول ما بعده، فكذلك عقد المتعة؟

مسألة: في نكاح الشغار

قال: ونكاح الشغار حرام، وهو أن يكون الرجلان يُزوِّج كل واحد منهما ابنته من صاحبه على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهر صاحبتها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1] وبه قال الشافعي، ومالك. قال أبو حنيفة النكاح صحيح، ويجب مهر المثل.

والأصل فيه: حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - قال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عن نكاح الشغار، قال أبو خالد، فسألت زيداً عن تفسير ذلك، فقال: هو أن يتزوج الرجل ابنة الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته، ولا مهر لواحدة منهما[2].

وأخبرنا أبو العباس الحسني - رحمه الله - قال: أخبرنا أحمد بن سعيد الثقفي، قال: حدثنا أحمد بن الأزهر، قال: حدثنا عبدالرزاق، عن معمر، عن ثابت، عن أنس، عن

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠٧.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب مسائل في النكاح.

النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا شغار في الإسلام»[١].

وروي نحوه عن الحسن، عن عمران بن حصين، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - [٢].

وروى أبو داود في (السنن) [٣] بإسناده، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن الشغار.

فصارت هذه الأخبار موجبة تحريم نكاح الشغار، فوجب فساده.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم إن الذي يجب أن يفسد هو المهر دون عقد النكاح، وفساد المهر لا يوجب فساد العقد؟

قيل له: الأخبار التي ذكرناها اقتضت تحريم نكاح الشغار، دون ما سواه، والنكاح عندنا هو العقد، وعند مخالفنا هو الوطء، فوجب أن يكون المحرم هو العقد، أو الوطء، بهذا العقد، وأيهما ثبت، ثبت تحريم العقد، ولا وجه لصرفه إلى المهر، إذ النكاح ليس باسم للمهر، فبان به صحة ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: لو فسد العقد، لم يخل فساده من وجوه إما لأنَّه انطوى على منفعة للزوج، أو لأنَّه وقع معرى عن المهر، أو لأنَّه وقع بمهر فاسد، وكل هذه الوجوه مما لا يوجب فساد النكاح، فوجب أن يكون العقد صحيحاً.

قيل له: هذا كلام من يرى أنَّه لا يجب تحريم الشيء وفساده بمجرد قول صاحب الشرع، وأن التحريم والفساد إنَّما يجب إذا عرفنا لهما وجهاً سوى ما يذكره صاحب الشرع، وهذا فاسد بإجماع المسلمين، فوجب سقوط هذا السؤال، ولزوم القضاء بإفساد هذا العقد؛ لتحريم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ألا ترى أنَّه غير ممتنع أن يكون ورد الشرع بتحريم النكاح إذا عقد على الخمر، وإباحته إذا عقد على

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٥٦٠/٣.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ١٦٥/١٨.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢٣٤/٢.

الخنزير، وإن كان /٣٤/ المهر في العقدين فاسداً؟ فإذا ثبت ذلك، وجب تحريم عقد نكاح الشغار؛ لظاهر كلام[1] النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وإن كانت أحواله في الوجوه الثلاثة على ما ذكر.

فإن قيل: فنحن نقيس نكاح الشغار على نكاح يعقد على الخنزير والخمر، فنقول: إنّه لا يجب أن يفسد نكاح الشغار لفساد المهر، كما لا يجب أن يفسد نكاح على الخمر والخنـــزير.

قيل له: عندنا أن نكاح الشغار لم يفسد لفساد المهر فقط، فيكون سبيله سبيل النكاح المعقود على الخنزير والخمر، وإنما فسد لأن الإفساد فيما انطوى العقد عليه؛ لأنّه لما زوج ابنته على أن يكون بضعها مهراً لابنة المتزوج بها، صار مستثنياً بضعها من جملة العقد، فلم يتم العقد، وصار ذلك رفعاً لبعض ما أوجبه، فوجب فساده، وليس كذلك النكاح المعقود على الخمر والخنزير؛ لأن العقد فيه قد سلم وتم، والفساد إنّما وقع في المهر، فبان فساد قياسهم، على أن جميع ما ذكروه يوجب عليهم القول بجواز المتعة، وإفساد المدة، على ما ذهب إليه زفر، فلا بد لهم من الرجوع إلى مثل جوابنا فيه، على أنا نقيس نكاح الشغار على نكاح المتعة، فنقول: إن كل واحد منهما اقتضى رفع بعض موجَب العقد، فوجب أن يكون فاسداً؛ لأن الشغار اقتضى استثناء البضع من جملة العقد، والمتعة اقتضت استثناء بعض المدة، والعقد يقتضي التأبيد، على أن قياسهم لو ثبت، لكان قياسنا أولى؛ للحظر، والاحتياط، ولأنهم قد[2] قالوا: لو أن امرأة تزوجت عبداً على أن تكون رقبته مهراً لها، فسد النكاح، فكذلك[3] يجب أن يكون الشغار؛ لأن المعقود عليه جُعل عوضاً.

---

(١) في (أ): قول.

(٢) سقط من (أ) قد.

(٣) في (ب) وكذلك.

مسألة: في نكاح المحرِم وإنكاحه

قال: ونكاح الْمُحْرِمِ باطل، وكذلك إنكاحه.

وهذا منصوص عليه في كتاب (الأحكام) [١]، وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب الحج، فلا طائل في إعادته.

مسألة: في نكاح المعتدة

قال: ولا يحل للرجل أن ينكح المرأة وهي في عدة من غيره، فإن فعلا ذلك جهلاً، كان النكاح باطلاً، وللمرأة المهر على الثاني إن كان الأول قد دخل بها، فإن جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من يوم دخل بها الزوج الثاني، أو لستة أشهر، فالولد[٢] للزوج الثاني، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر، فهو للزوج الأول.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣].

أما ما ذكرناه من فساد النكاح الواقع في العدة على ما بيناه، فمما لا خلاف فيه بين المسلمين، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ (البقرة /٢٣٥).

أخبرنا أبو الحسين بن إسماعيل، قال: أخبرنا[٤] الناصر للحق – عليه السلام – قال: حدثنا الحسن بن يحيى بن الحسين بن زيد، قال: حدثنا إبراهيم بن محمد بن ميمون، عن أسباط بن محمد، عن أشعث، عن الشعبي، عن مسروق، قال: قضى عمر في امرأة تزوجت في عدتها أن يفرق بينهما، ويجعل مهرها في بيت المال، ولا يجتمعان أبداً، وعاقبهما، فقال علي – عليه السلام –: « ليس هكذا، هذه الجهالة، ولكن يفرق بينهما، وتستكمل بقية العدة، ثُمَّ تستقبل عدتها من الآخر »، فحمد اللهَ عمرُ وأثنى

---

(١) انظر: الأحكام ٢٧٦/١.

(٢) في (أ): فهو.

(٣) انظر: الأحكام ٣٦٥/١ – ٣٦٦.

(٤) في (أ): حدثنا.

عليه، وقال: ردوا الجهال أيها الناس إلى السنة[١].

وأخبرنا أبو الحسين، قال: حدثنا الناصر، قال: حدثنا الحسن بن يحيى، قال: حدثنا إبراهيم، عن أبي مالك، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن عامر، عن مسروق، عن عُمَر، أنّه قال في امرأة تزوجت في عدتها، قال: يفرق بينهما ما عاشا، ويجعل /٣٥/ صداقها في بيت المال، وقال علي - عليه السلام -: « يفرق بينهما، ولها صداقها فيما استحل من فرجها، وتتم ما بقي عليها من عدتها من الأول، ثُمَّ تستأنف ثلاثة قروء من الآخر، ثُمَّ يخطبها الآخر إن شاء »[٢]. فصار إبطال النكاح وفاقاً بين علي وعمر، و لم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، وجعلنا المهر لها بما استحل من فرجها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في النكاح بغير ولي: « فهو باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما أصاب منها ». وقد مضى إسناده في مسألة النكاح بغير ولي، فصار ذلك أصلاً لإيجاب المهر في كل وطءٍ وقع بشبهة.

وقلنا: إن المهر لها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال ذلك، وهو قول علي - عليه السلام - على ما ذكرناه في الحديث المتقدم، وفي أحد الحديثين أن عمر، قال: هو لبيت المال، ثُمَّ رجع إلى قول علي - عليه السلام -.

وروى أيضاً هناد بن السري في كتاب النكاح بإسناده عن الحكم، عن علي - عليه السلام - وعمر، نحو ذلك، قال الحكم: ثُمَّ رجع عمر إلى قول علي، فصار ذلك وفاقاً، و لم يحكَ فيه خلاف.

وكذا أيضاً ما روى هناد بن السري بإسناده، عن قتادة، عن ابن المسيب، في امرأة تزوجت في عدتها، فقضى عمر بأن يفرق بينهما، وضربهما دون الحد، وأعطاها الصداق بما استحل من فرجها.

وما ذكرناه من أنها إن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر منذ دخل بها الثاني، فهو للثاني، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر، فهو للزوج الأول، هذا إن كان منذ فارقها

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٤٤٢/٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٤٤١/٧، وابن أبي شيبة في المصنف ٤/٤.

الزوج الأول لأربع[1] سنين أو أقل على ما ذكره في (المنتخب)، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني، ولأكثر من أربع سنين منذ فارقها الأول، لم يلحق بالأول، ولا بالثاني.

وتحصيل المذهب على ما بينه في (المنتخب) [2] أنها متى جاءت بولد[3] في وقت يصح أن يلحق بأحد الزوجين، و لم يصح أن يلحق بالآخر، فإنه يلحق بالذي يصح أن يلحق به دون الذي لا يصح أن يلحق به، فإن جاءت به في وقت لا يصح أن يلحق بواحد منهما، لم يلحق بواحد منهما[4]، وهذا مما لا خلاف فيه، فأما إذا جاءت به في وقت يصح أن يلحق بكل واحد منهما - وهو الذي ذكره في (الأحكام) - فقد اختلف فيه، قال الشافعي: يرجع فيه إلى القيافة، وقال أبو حنيفة: يلحق بالأول، وقال يحيى - عليه السلام -: يلحق بالثاني.

أما الكلام في بيان أقل الحمل وأكثره، فسيجيء بعد في موضعه من هذا الكتاب.

وأما الكلام على الشافعي في بيان بطلان حكم القيافة، وأنه لا يجوز الرجوع إليه، فسنبين الكلام فيه بعد هذا في مسألة الأمة إذا وطئها رجلان، ثُمَّ جاءت بولد، فإذا بطل القول بالقيافة، سقط قوله.

وأما الكلام على أبي حنيفة وهو الذي يختص هذا الموضع، فهو أنَّه لا خلاف بيننا وبينه أنها لو جاءت به بعد سنتين منذ فارقها الأول، أو لستة[5] أشهر منذ دخل بها الثاني، إن الولد يلحق بالثاني، فكذلك إن جاءت به قبل الحولين منذ فارقها الأول، والعلة أنها أتت[6] به في زمن يصح أن يلحق بالثاني، من غير أن يظهر بها الحمل قبل دخول الثاني، فوجب أن يلحق به، وليس لأحد أن يدعي في علتنا أنها لا تؤثر؛ لأنها

---

(١) في(أ) بأربع.
(٢) انظر: المنتخب ١٤٨ - ١٦٣.
(٣) في (أ): بالولد.
(٤) في (أ): بأحدهما.
(٥) في (أ): ولستة.
(٦) في (أ): جاءت.

على أصلنا مؤثرة؛ لأن بعد الحولين قبل استكمال أربع سنين يصح أن يلحق بالأول عندنا، فلم تكن العلة غير ما ذكرنا، ألا ترى أنها لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني، لم يلحق به؟ ويقوى هذا القياس بما نذكره، وهو مما /٣٦/ يصح أن يجعل ابتداءً الاستدلال في المسألة، وذلك أنا قد اتفقنا على أنَّه لا بد من أن يلحق بأحد الفراشين - أعني فراش الأول، أو فراش الثاني - فوجب أن يراعى أقوى الفراشين، وقد علمنا أن فراش الثاني أقوى من فراش الأول بوجهين:

أحدهما: أن الأول والثاني لو تجاحدا، لكان تكون البينة على الأول، واليمين على الثاني، وقد علمنا في الأصول أن اليمين أبداً تلزم في الجانب القوي[1]، ألا ترى أن من ادعى شيئاً في يد إنسان، فأنكره المدعَى عليه، تلزم اليمين المنكر؛ لأنَّه أقوى؛ لكون الشيء في يده، وكذلك من ادعى حقاً على آخر، فأنكر تلزم اليمن المنكر؛ لأنَّه أقوى؛ لاستناده إلى براءة الذمة، وكذلك لو ادعى على آخر[2]، فقال المدعَى عليه: قد أوفيتك حقك، رجعت اليمين على[3] المدعي؛ لأنَّه صار أقوى، لثبوت ما ادعاه بإقرار المدعَى عليه، فبان بما بيناه أن فراش الثاني يجب أن يكون أقوى.

فإن قيل: أليس لو ثبت ملك المدعي والمدعى عليه في الشيء الذي هو في يد المدعَى عليه، كان الواجب أن يقسم بينهما، و لم يراعَ فيه قوةَ من الشيء[4] في يده؟

قيل له: لا؛ لأنا لا نحوج فيه إلى مراعاة قوة أحد الملكين بجواز قسمته بينهما، وليس كذلك الولد في هذه المسألة، على أنا قد اتفقنا على أنَّه لا بد من أن يلحق بأحدهما، فوجب أن يراعى قوة سببهما.

والوجه الثاني الذي يبين أن فراش الثاني أقوى وأولى أن يلحق الولد به: أنَّه متجدد[5]، والأمر المتجدد أولى أن يتعلق به الحكم المتجدد من الأمر الباقي؛ لأنَّه يصير

---

(١) في (أ): الأقوى.

(٢) في (أ): الآخر.

(٣) في (أ): إلى.

(٤) في (أ): في يده الشيء.

(٥) في (ب): يتجدد.

في حكم المجاور للحكم، يكشف ذلك ما اتفقنا عليه أن تعلق الكفارة بالحنث أولى، وكونه سبباً أولى من كون اليمين، ولهذا امتنع أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة من القول بأن اليمين أحد سببي الكفارة، وقالوا: إن سببها الحنث، فقد بان بهذين الوجهين أن فراش الثاني أقوى، فإذا ثبت أنَّه أقوى، وجب إلحاق الولد به، على أنَّه قد روي عن أبي حنيفة أن امرأة المفقود لو تزوجت لنعيٍ ورد عليها بعد انقضاء أربعة أشهر وعشر، وجاءت بولد، ثُمَّ جاء الزوج الأول، ألحق الولد بالثاني، وروي أنَّه هو القول المرجوع إليه، وإن كان روي عنه أنَّه للأول، والرواية التي ذكرناها تبين أنَّه رأى فراش الثاني أقوى، فوجب ذلك في مسألة المعتدة.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن فراش الأول يجب أن يكون أقوى؛ لأن نكاحه كان في الأصل صحيحاً، ونكاح الثاني كان فاسداً؟

قيل له: الكلام في الفراشين[1] دون السببين، ونحن إنَّما نراعي قوة الفراشين دون قوة سببهما، على أن سبب [2] فراش الثاني ثبت بالوطء، والوطء لا يصح أن يقال فيه: إنَّه صحيح أو فاسد، لأن ذلك إنَّما يقال في العقد، فسقط هذا الاعتراض.

مسألة: في استبراء المنكوحة في عدتها

قال: وعلى المرأة أن تستبرئ من ماء الثاني، ثُمَّ تبني على ما مضى من عدة الأول التي قطعتها بالتزويج حتى تتمها، فإذا خرجت من عدهما، تزوجت أيهما شاءت، أو غيرهما.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [3] .

قال[4] الشافعي: مثل قولنا في أنها[5] لا بد لها من العدتين، وهو قول إبراهيم،

---

(١) في (أ): في سبب الفراشين.
(٢) سقط من (ب) سبب.
(٣) انظر: الأحكام ٣٦٦/١.
(٤) في(أ) وقال.
(٥) في (ب): أنه.

والشعبي، روى[١] ذلك عنهما هناد بن السري. قال أبو حنيفة: إحدى العدتين تدخل في الأخرى.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه ما رويناه عن علي - عليه السلام - أنَّه قضى بذلك بمحضر[٢] من الصحابة /٣٧/ وقال عمر فيما خالفه من ذلك: ردوا الجهالات إلى السنة، ورجع إلى قوله، والدليل في[٣] هذا الخبر من[٤] ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنا نذهب إلى أن قضاء أمير المؤمنين - عليه السلام - حجة، وأنه يجب أن يتبع، ولا يجوز أن نخالفه[٥].

والثاني: أنَّه قضى به في مشهد من الصحابة، وأخذ به عمر، و لم ينقل فيه خلاف، وصار ذلك إجماعاً.

والثالث: قول عمر: ردوا الجهالات إلى السنة، فدل ذلك على[٦] أنَّ ما قضى به علي - عليه السلام - كان سنة، وهذا يجري مجرى الرواية عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

وروى أيضاً هناد بإسناده عن الحكم، قال: قال علي - عليه السلام - في امرأة تزوجت في عدهّا: تعتد العدتين جميعاً، فتفرق[٧] بينهما، فتعتد من الأول، ثُمَّ تعتد من الآخر، قال: وأمرها عمر بعدتين، ورجع إلى قول علي - عليه السلام - في المهر، وفي أنَّ[٨] له أن يخطبها بعد ذلك.

ومما يدل على وجوب العدتين: أهُما حقان لنفسين يصح انفراد كل واحد منهما

(١) في (ب) وروى.
(٢) في (أ): في محضر.
(٣) في (أ): في.
(٤) في (ب): في.
(٥) في (أ): يخالف.
(٦) سقط من (ب) على.
(٧) في (أ): تفترق.
(٨) في (أ): أنه.

عن صاحبه، فوجب ألا يتداخلا، دليله سائر الحقوق، ويكشف أن العدة حق للزوج قول الله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ..الآية﴾ (الأحزاب/٤٩)، فبين أن العدة إذا وجبت كانت للزوج، ويبين[1] ذلك أن الزنى لما لم يتعلق به حق للزوج[2]، لم يجب عنه العدة، والوطء سواء كان عن نكاح صحيح، أو عن شبهة، لما تعلق[3] به حق الزوج، وجبت العدة، فبان أن وجوبها لِحقِ الزوج.

فإن قيل: لو كان حقاً له، لكان يصح منه إسقاطه.

قيل له: لا يمتنع ألا يصح منه إسقاطه إذا كان يتعلق به حق الله تعالى، ألا ترى أن ولاية الأب على[4] الابن الصغير حق له، ومع هذا[5] لا يصح منه إسقاطه، لَمَّا تعلق بحق لغيره، وهو الابن، و لم يخرجه ذلك من أن يكون حقاً له، فكذلك ما اختلفنا فيه؟

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن الغرض بالعدة هو استبراء الرحم، وهذا الغرض يتم مع التداخل؟

قيل له: إن العدة وإن كان فيها استبراء الرحم، فلسنا نقول: إنها لا لغرض فيها سواه، ألا ترى أنها تجب على الصغيرة التي في حكم الطفولة[6]، وعلى الآيسة، وتجب من وفاة زوج طفل، فإذا ثبت ذلك، لم يصح[7] أن يقال فيها إنها مقصورة على استبراء الرحم.

وما قلنا من أنها تبدأ بعدة الثاني، ثُمَّ تبنى على ما مضى من عدة الأول حتى تتمها،

---

(١) في (ب): وبين.
(٢) في (أ): الزوج.
(٣) في (ب): يتعلق.
(٤) في (أ): عن.
(٥) في (أ): ذلك.
(٦) في (أ): الطفولية.
(٧) في (أ): يجز.

فإن الشافعي يخالف فيه ويقول: تتم عدة الأول أولاً، فإذا خرجت منها[١]، اعتدت للثاني.

وروى هناد بن السري مثل قولنا عن الشعبي، ومثل قول الشافعي عن إبراهيم.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه أنا وجدنا سائر العدد يجب الابتداء بها حين وجوبها، وحيث تلي موجبها، فكذلك ما اختلفنا فيه، والمعنى أنَّه[٢] عدة، أو يقال: إنها عبادة موضوعة في الأصل لاستبراء الرحم، فإذا ثبت أن الابتداء بها واجب حين وجوبها، ثبت ما قلناه من أنها تبدأ بعدة الزوج الثاني، ثُمَّ تتم ما بقي من عدة الزوج[٣] الأول، وأيضاً هي عبادة تختص البدن، فوجب ألا يجوز تفويت أدائها لقضاء غيرها، دليله من فاتته صلاة فذكرها في آخر وقت الأخرى قبل أن يؤديها.

فإن قيل: يجب الابتداء ببقية عدة الأول؛ لأنها وجبت قبل عدة الثاني.

قيل له: هذا منتقض بالصلاتين اللتين /٣٨/ ذكرناهما.

فإن قيل: فعدة الأول عدة نكاح صحيح، فوجب أن تكون أقوى.

قيل له: هذا لا يمنع ما ذكرناه؛ لأن العدتين قد وجبتا، ولا مزية في باب الوجوب لإحداهما على الأخرى، ولا معتبر باختلاف أحوال الموجِب في عامة الأصول، على أن الموجِب للعدة حصول الفراش في الموضعين، وقد بينا أن فراش الثاني أقوى من فراش الأول في المسألة التي تقدمت هذه.

فإن قيل: فقد[٤] رويتم أن علياً - عليه السلام - قال: تتم عدة الأول، ثُمَّ تستقبل عدة الثاني، وهذا خلاف مذهبكم.

قيل له: لا يمتنع أنَّه قال: ثُمَّ تستقبل عدة الثاني، وأراد به وتستقبل عدة الثاني،

---

(١) في (ب): منها من الأول اعتدت.
(٢) في (أ): أنها.
(٣) سقط من (أ) الزوج.
(٤) سقط من (أ) فقد.

فيكون وضع ثُمَّ موضع الواو، وهذا غير ممتنع، وعلى هذا تأولنا قوله سبحانه: ﴿إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْءانَهُ، فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ، ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾ (القيامة /١٧ــ١٩)، حين منعنا جواز تأخير البيان.

فإن قيل: فظاهر قوله يقتضي ما ذهبنا إليه.

قيل له: لا يمتنع ذلك، ولكنا انصرفنا عن الظاهر بالاعتبار الذي ذكرناه، كما انصرفنا عن ظاهر قوله: ﴿ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾، للدلالة.

وقلنا: إنها إذا خرجت من العدتين، تزوجت أيهما شاءت؛ لأنَّه لا مانع من ذلك، وقال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، وقال عز وجل: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، ولأنه قول علي – عليه السلام – وروي أن عمر رجع إلى قوله.

وعند الإمامية أنها لا تتزوج من تزوج بها معتدة، وحكى ذلك عن مالك.

فصل: في العـــدة من الزنى

قال في (المنتخب): والعدة لا تكون إلاَّ لزوجة حلال نكاحُها[1]، فدل ذلك على ألا عدة عنده من الزنى، وأن يستوي الحائل والحامل عنده في جواز العقد عليها، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، والشافعي، وقال مالك: لا يجوز نكاحها حتى تعتد، قال أبو يوسف: يجوز النكاح إلا أن تكون حاملاً؛ لأنه لا يجوز حتى تضع حملها.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، وقوله سبحانه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، فعم ولم يخص، ويدل عليه قولــه – عليه السلام –: « الحرام لا يحرم الحلال ».

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ (البقرة /٢٣٥)، ثُمَّ قال: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤).

(١) انظر: المنتخب ١٢٧.

قيل له: الآية الثانية واردة في المطلقات، واللواتي في حكمهن؛ لأنَّه سبحانه قال بعد ذلك: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ..الآية﴾ (الطلاق/ ٦)، فبين سبحانه أحكام المطلقات، وما يلزمهن، ويلزم لهن، وليس فيها حكم التي زنت، ولا حكم التي حملت من الزنى، على أن الآية تضمنت ذكر مقدار الأجل، و لم تتضمن إثبات الأجل، والخلاف وقع[1] في ثبوت الأجل، وعندنا أنَّه لا أجل لهن.

فإن قيل: روي عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «لا تَسقِ بمائك زرع غيرك »[2].

قيل له: هذا كلام في الوطء، وكلامنا[3] إنما هو في العقد، على أنَّه ليس زرع ينسب إلى الغير، فلا يصح التعلق بهذا الظاهر، وقد ثبت أن ملك اليمين إذا وطئها سيدها، لم يمنع ذلك من جواز نكاحها، فكذلك وطء الزنى، والعلة أنَّه وطء لم يتعلق به سبب، ولا خلاف أن التي تكون في عدة[4] من الناكح يجوز نكاحه لها، والعلة أن الوطء الذي حصل لم يوجب حقاً للغير، فكذلك إن كانت حاملاً؛ لأن الولد لا يتعلق به حق الغير، يكشف ذلك أيضاً أن الزنى لا يتعلق به شيء من حقوق النكاح، كالإنفاق، والسكنى، وثبوت /٣٩/ النسب، وعندنا أنَّه لا يحرم، فوجب ألا تلزمها العدة، ولا وجه لتشبيههم إياها بالموطوءة بالشبهة، لأن ذلك الوطء له حرمة، ألا ترى أنَّه يثبت به النسب، والزنى لا حرمة له على وجه من الوجوه؟

مسألة: في اشتراط أذن البالغة في النكاح

قال: ولا يجوز لأحد من الأولياء أن يزوج واحدة من النساء إلاَّ بإذنها، إذا كانت بالغة، بكراً كانت أم[5] ثيباً، فإن زوَّج واحد[6] من الأولياء امرأةً بغير إذنها، صح

(١) في (ب): يقع.
(٢) في (ب): غير زرعك. والحديث أخرجه الحاكم في المستدرك ٦٤/٢، وأبو يعلى في المسند ٣٠٤/٤.
(٣) في (أ): خلافنا.
(٤) في (أ): في عدة من النكاح يجوز.
(٥) في (أ): أو.
(٦) في (أ): أحد.

العقد، ووُقف على إجازتها إذا علمت، إن كانت بالغة، وإن كانت غير بالغة، كان لها الخيار إذا بلغت، وعلمت أن لها الخيار.

نص في (الأحكام)[١] على ألا يزوج أحد من الأولياء بالغة إلاَّ بإذنها، ونص فيه على جواز النكاح الموقوف، وعلى إثبات الخيـــار فيه، ونص أيضاً على ذلك في (المنتخب)[٢].

أما ما ذكرناه من أنَّه لا يجوز لأحد من الأولياء أن يزوج بالغة من النساء بغير إذنها، فهو على الكراهة، وخلاف الاستحباب، لا على إبطال العقد، وقد دل على ذلك إجازته العقد الموقوف، ووجه كراهته: ما رواه أبو داود في (السنن)[٣] بإسناده عن أبي هريرة قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تنكح الثيب حتى تستأمر، ولا البكر إلاَّ بإذنها»، وقوله[٤]: «الأيم أحق بنفسها من وليها». ولئلا يقع التشاجر والتحاكم.

وما حكيناه من الجملة يشتمل على موضعين من الخلاف: أحدهما: أن البالغة تستوي حالها مع البكارة والثيوبة، وهذا مما نبينه بعد هذا الموضع. والثاني: جواز النكاح الموقوف، والكلام فيه يختص هذا الموضع، وأجاز النكاح الموقوف أبو حنيفة، ومحمد، وبه قال أبو يوسف، وأباه الناصر - عليه السلام - والشافعي.

والأصل فيه: ما رواه أبو داود في (السنن)[٥] عن عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا جرير بن حازم، عن أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس: أن جارية بكراً أتت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فذكرت أن أباها زَوَّجَها وهي كارهة، فخيرها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -. فدل ذلك على جواز النكاح الموقوف؛ لأن التخيير لا يكون إلاَّ مع حصول العقد ووقوعه.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٧٤ - ٣٤٨، ٣٧٢.

(٢) انظر: المنتخب ١٢٦، ١٣٨.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣٨.

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣٩.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣٨، ١٣٩.

أخبرنا بهذا الحديث أبو بكر المقري قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا أبو أمية، ومحمد بن علي بن داود، قالا: حدثنا الحسين بن محمد المروزي، أخبرنا جرير بن حازم، عن أيوب السختياني، عن عكرمة، عن ابن عباس، الحديث[١].

وروى أبو بكر الجصاص بإسناده في (شرح المختصر)، عن محمد بن عبدالرحمن بن البيلماني، عن أبيه، عن عمر، قال: كان النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ينـــزع النساء من أزواجهن - ثيبات كُنَّ أو أبكاراً - إذا كرهن ذلك بعد أن يزوجهن آباؤهن أو إخواهن.

فدل ذلك على ثبوت النكاح الموقوف؛ لأنَّه أثبت الزوجية بقوله ينـــزع النساء من أزواجهن، ودل أيضاً على ذلك بقوله: إذا كرهن بعد أن[٢] يزوجهن آباؤهن وإخواهن؛ لأنَّه بَيَّن أن نزعهن (من أزواجهن كان)[٣] يكون لأجل كراهتهن، لأنَّه لو كان لفساد العقد، لم يعلقه بكراهتهن، ولقال بفساد[٤] العقد، وبيَّن أن حكم الآباء والإخوة في /٤٠/ هذا الباب سواء، فصح في ذلك[٥] ما ذهبنا إليه.

وروي عن أبي بردة[٦]، عن عائشة، قالت: جاءت فتاة إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالت: يا رسول الله، إن أبي - ونِعم الأب - زوجني ابن أخيه يرفع خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: فإني أجزت ما صنع أبي، لكني أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء، فجعْلُه - صلى الله عليه وآله وسلم - الأمر إليها دال على أن النكاح كان موقوفاً على إذها، وقولها: أجزت ما صنع أبي بحضرة رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - مع مقارته إياها على ذلك، يدل

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٣٦٥.
(٢) في (أ): ما.
(٣) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٤) في (أ): لفساد.
(٥) في (أ): بذلك.
(٦) هكذا في النسخ ولعل الصحيح ابن بريدة وهو عبد الله بن بريدة، وهذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن ٧/١١٨، والدارقطني في السنن ٣/٢٣٢، وابن أبي شيبة في المصنف ٣/٤٥٩.

على أن الإجازة تلحق العقد المتقدم، ولا يجوز أن يحمل قولها أجزت ما صنع أبي على أنها كانت إجازة[١] قبل العقد؛ لأنه لا وجه لأن تجيز ثُمَّ تأتي النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- تشكوه؛ لأنها قالت ذلك بعد ما جعل النبي- صلى الله عليه وآله وسلم- الأمر إليها في ذلك، ولو كانت الإجازة متقدمة، لم يكن ليجعل - صلى الله عليه وآله وسلم - الأمر إليها.

ويمكن التعلق بصحة جواز النكاح الموقوف بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِيْنَ﴾ (النور /٣٢) .

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام -: أن رجلاً أتاه فقال: إن عبدي تزوج بغير أذني، فقال له - عليه السلام -: فرق بينهما. فقال السيد لعبده: طلقها يا عدو الله، فقال علي - عليه السلام - للسيد: أجزتَ النكاح، فإن شئت أيها العبد، فطلق، وإن شئت، فأمسك [٢] فصرح - عليه السلام- بإجازة النكاح الموقوف، وبأن الإجازة تلحقه .

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما امرأة تزوجت بغير أذن وليها، فنكاحها باطل»، وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما عبد نكح بغير أذن مولاه، فهو عاهر».

قيل له: يُحمل الخبران على أن المراد بهما ألا يجيز من له الإجازة، على أنا لا نجيز العقد على المرأة إلاَّ بولي سواها، ومتى كانت المرأة هي العاقدة على نفسها، بطل النكاح عندنا، ولم يكن موقوفاً، فقد خرجنا من عهدة الظاهر، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه[٣] فهو عاهر» لا ظاهر له، لأَنَّه لا خلاف أنَّه لا يصير عاهراً بالعقد، وظاهر الخبر يقتضي ذلك، فلا بد من تأويل، وإذا

---

(١) في (أ): أجازت.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب نكاح العبيد والإماء. وومن طريقه أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٣/٣.

(٣) في (أ): سيده.

لم يكن منه بد، كان التأويل ما ذكرناه بدلالة الأخبار التي تقدمت.

ولا خلاف أن الرضا لو كان في حال العقد، لكان النكاح جائزاً، فكذلك إذا حصل بعد العقد، والمعنى دخول الرضا مع حصول القبول والإيجاب، ولا خلاف أن عقد البيع فيه للوقف مسرح، فكذا في عقد النكاح، والمعنى أنّه عقد معاوضة، وقياسنا يقوى بأنه يفيد حكماً في الشرع، وليس للمخالف أن يترجح علينا بالحظر، لأنا نستوي فيه، ولأن الغرض حصول الرضا دون الترتيب.

مسألة: في فسخ المكرهة للنكاح

قال: فإذا كان ذلك، فلها الخيار، فإن اختارت نفسها، انفسخ النكاح بلا طلاق.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[1]، ولا خلاف أن النكاح الموقوف على البالغة فيه الخيار لها إذا علمت، ويدل على ذلك ما مضى في الخبرين أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - خير التي[2] زوجها أبوها وهي كارهة، وما في الحديث الآخر من أن النبي صلى الله عليه /٤١/ وآله وسلم جعل الأمر إليها.

وقلنا: إنّه فسخ للنكاح بغير طلاق، لأنّه أشبه الرد بالعيب ونحوه، وأشبه أيضاً في البيع الرد بالعيب، أو بخيار الرؤية، أو بخيار الشرط، في أنّه يرفع العقد ويفسخ، ولا يعقد عقد ثان، ولأنه فرقة لا تختص الزوج، فلم يجب أن يكون طلاقاً.

مسألة: في إنكاح غير البالغة

قال: وإن كانت المرأة غير بالغة، وزوجها وليها، كان للزوج أن يدخل بها قبل بلوغها، ولها الخيار بعد البلوغ، ولها المهر بما استحل من فرجها.

نص في (الأحكام) [3] على أن نكاح سائر الأولياء للصغيرة جائز، وأن لها الخيار إذا بلغت.

---

(١) انظر: المنتخب ١٢٦.

(٢) في (ب): الذي.

(٣) انظر: الأحكام ٣٧٢/١.

ونص في (المنتخب) [١] على جميع ما تضمن هذا الفصل، ونص فيه أيضاً على أن حكم الصغيرة والكبيرة في هذا الباب واحد، وهو مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، إلاَّ أن أبا يوسف لم يجعل لها الخيار إذا بلغت، وقال القاسم - عليه السلام -: لا يُنكح الصغيرة إلاَّ أبوها، وقال الناصر - عليه السلام -: إلاَّ أبوها أو جدها، وهو قول الشافعي.

والذي يدل على صحة ما ذهب إليه يحيى - عليه السلام -: قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور /٣٢)، والأيم: اسم يقع على الكبار والصغار، فاقتضى عموم الآية جواز نكاح الصغار.

ويدل على ذلك ما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده، عن ابن شهاب، عن عروة بن[٢] الزبير، أنَّه سأل عائشة، عن قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِيْ الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، قال: يابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، فيعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها، فنهوا أن ينكحوهن إلاَّ أن[٣] يقسطوا لهن، ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن[٤].

وروى غير أبي داود نحوه عن ابن عباس، وفيما رواه أبو داود[٥] بإسناده، عن عروة، عن عائشة قالت في قوله تعالى: ﴿قُلْ اللهُ يُفْتِيْكُمْ فِيْهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِيْ الْكِتَابِ فِيْ يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِيْ لا تُؤْتُوهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِيْنَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللهَ كَانَ بِهِ عَلِيْماً﴾ (النساء /١٢٧) يعني قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِيْ الْيَتَامَى﴾، قالت[٦]:

---

(١) انظر: المنتخب ١٢٦ - ١٢٧.

(٢) في (أ): عن .

(٣) سقط من (أ) أن.

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣١، وفيه: تكون في حجر وليها فتشاركه في ماله.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٣٢، وهو بقية للحديث المتقدم.

(٦) في النسخ قال . لفظ الحديث في سنن أبي داود: قالت: والذي ذكر الله أنه يتلى عليهم في الكتاب الآية الأولى(وإن خفتم)،قالت عائشة: وقول الله في الآية الآخرة (وترغبون أن تنكحوهن) هي رغبة أحدكم..إلخ.

رغبة أحدهم عن يتيمته التي في حجره حين تكون قليلة المال والجمال، فنهوا أن ينكحوا من رغبوا في مالها وجمالها من يتامى النساء إلاَّ بالقسط.

فدل ذلك على أن للولي أن يتزوج اليتيمة التي في حجره إذا أقسط لها في الصداق.

وأدنى الأولياء الذين يجوز لهم التزوج بالتي هو وليها ابن العم، فثبت بذلك جواز إنكاح[1] الأولياء للصغار.

فإن قيل: يحتمل أن يكون أُريد باليتيمة الكبيرة.

قلنا: [هو باطل لوجهين: أحدهما:أن] اليتيمة اسم للصغيرة، وكذلك[2] قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يتم بعد احتلام» فنفى سمة اليتم بعد البلوغ، فمتى حملناه على أن المراد به البالغة، حملناه على المجاز والتوسع، دون الحقيقة.

والثاني: أن نهاية القصة /٤٢/ تدل على أن المراد به التي لم تبلغ؛ لأن البالغة إذا أعطيت دون مهر مثلها فرضيت به، جاز ذلك، وإنما ورد النهي في نكاح التي لا يؤثِّر رضاها وسخطها، وذلك لا يكون إلاَّ التي لم تبلغ.

فإن قيل: يحتمل أن تكون الآية وردت في اليتيمة التي تكون في حجر الجد.

قيل له: هذا ممتنع لما في الخبر أنها نزلت في اليتيمة التي يريد وليها وهي في حجره أن يتزوجها[3]، والجد ليس له أن يتزوج بابنة ابنه، فسقط هذا التأويل.

فإن قيل: فقد روي أن قدامة بن مظعون زَوَّجَ ابنة أخيه عثمان بن مظعون من عبدالله بن عمر، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنها يتيمة، وإنها لا تنكح إلاَّ بإذنها»[4]. فدل ذلك على أن الصغيرة لا يزوجها عمها.

قيل له: الخبر ورد على وجه يدل على أنها كانت بالغة، وأنه - صلى الله عليه وآله

(١) في (ب): نكاحها.

(٢) في (أ): لذلك.

(٣) في (أ): يتزوج بها.

(٤) أخرجه البيهقي ١١٣/٧، والدارقطني ٢٣٠/٣، وأحمد ١٣٠/٢.

وسلم – قال فيها: « إنها يتيمة» على سبيل المجاز، وذلك ما رواه أبو بكر الجصاص في (شرح المختصر) عن دعلج بإسناده، عن نافع، عن ابن عمر، قال: توفي عثمان بن مظعون، فأوصى إلى أخيه قدامة، قال: فزوجني قدامةُ بنتَ عثمان [١]،فدخل المغيرة بن شعبة على أمها، فأرغبها في المال، ورأي الجارية مع أمها، فبلغ ذلك النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال لقدامة: «ألحقها بهواها، فإنها أحق بنفسها»، فانتزعها، وزوَّجها المغيرة، فدل ذلك على أنها كانت كبيرة، لقوله: «ألحقها بهواها»، وذلك لا يجوز أن يقال في حق[٢] الصغيرة، لأنه لا اعتبار برضاها وسخطها، وكذلك ما مضى في الحديث من أن الصغيرة يزوجها وليها بإذنها يدل ذلك على أن اللفظ الذي تعلقوا به يدل على ذلك أيضاً؛ لأن فيه أنها لا تنكح إلاَّ بإذنها وذلك لا يقال إلاَّ في البالغة؛ لأن الصغيرة لا معتبر بإذنها، ووجود الإذن منها وعدمه سواء، فصح بما قلناه أن قوله – صلى الله عليه وآله وسلم– فيها:«إنها يتيمة» على سبيل التوسع، وأنها كانت بالغة.

فإن قيل: فقد روي عن النبي[٣] – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه قال: «استأمروا النساء في أبضاعهن»[٤].

قيل له: المراد به[٥] البوالغ منهن، بدلالة أن استئمار الصغار لا معنى له، وكذلك إن تعلقوا بقوله: «الأيم أحق بنفسها من وليها»، كان محمولاً على البالغة، بدلالة أن الصغيرة لا تملك أمر نفسها، ولا خلاف في أن للأب أن يزوجها؛ وكذلك الشافعي يوافق على أن للجد أن يزوجها، فكذلك سائر الأولياء، والمعنى أنَّه ممن يحوز الإرث بالتعصيب، فوجب أن يجوز إنكاحه للصغيرة إذا لم يمنع منه مانع. يبين صحة هذه العلة أنَّه لو لم يكن ممن يحوز الإرث بالتعصيب، لم يجز إنكاحه، نحو أن يكون عبداً، أو كافراً إذا كانت الابنة مسلمة، وكذلك إن كان ممن يحوز الإرث بالرحم، لم يجز

---

(١) سقط من (ب) بنت عثمان.

(٢) سقط من (أ) حق.

(٣) في (أ): عنه.

(٤) أخرجه البيهقي ١١٩/٧، والبخاري نحوه ٢٥٤٧/٦، وابن حبان ٣٩٣/٩.

(٥) سقط من (ب) به.

إنكاحه، وكذلك لو كانت أختاً أو ابنة لَمَّا لم تكن ممن يحوز /٤٣/ الإرث[١] بالتعصيب، فإذا ثبت لها التعصيب مع غيرها، لم يجز إنكاحها، فلما تكاملت الأوصاف التي ذكرنا، صح إنكاحه، فبان أن العلة ما ذكرنا، على أن ما بيناه من جواز النكاح الموقوف يقتضي جواز هذا النكاح؛ إذ لم يفرق أحد بينهما.

فإن قيل: ألستم تجوزون إنكاح الحاكم لها، وإن لم تحصل هذه الأوصاف له؟

قيل له: هذا لا يفسد علتنا؛ لأنَّه إثبات للحكم مع عدم العلة، وإنما يفسدها وجود العلة ولا حكم، ومما يؤكد قياسنا أن الأب والأخ لما استوى حالهما في الإنكاح بعد بلوغهما، وجب أن يستوي حالهما فيه قبل بلوغهما؛ لكون كل واحد منهما ولياً في النكاح.

وقلنا: إن للزوج أن يدخل قبل البلوغ؛ لأنَّه لا خلاف فيه بين كل من أجاز النكاح، فإذا ثبت بما بيناه جواز[٢] النكاح، ثبت جواز الدخول، ولأنه نكاح ثابت لا يُراعى فيه في الحال رضا المعقود عليها وسخطها، فوجب أن يجوز الدخول بها، دليله لو كانت بكراً زوَّجها أبوها، أو بالغة زوَّجها وليها بإذنها.

وقلنا: إن لها الخيار إذا بلغت - خلافاً لأبي يوسف؛ إذ قال لا خيار لها - لأنا وجدنا ولاية الأب على الابنة في حال كبرها لما كانت أضعف من ولايته عليها في حال صغرها، كان لها الخيار في رفع ما عقد عليها الأب في حال كبرها، فكذلك سائر الأولياء، لما كانت ولايتهم أضعف من ولاية الأب، وجب أن يكون للمرأة الخيار في دفع[٣] ما عقدوا عليها في الوقت الذي يصح لها الخيار، ويبين[٤] أن ولاية الأب عليها في حال كبرها أضعف من ولايته عليها في حال صغرها أنَّه يجبرها على النكاح في حال الصغر، وليس له أن يجبرها عليه في حال الكبر، وله أن يزوجها عندنا

---

(١) في (أ): بالإرث.
(٢) في (أ): من جواز.
(٣) في (أ): رفع.
(٤) في (أ): ويبين ذلك.

بدون مهر مثلها بغير رضاها في حال الصغر، وليس له ذلك في حال الكبر، ويبين أن ولاية سائر الأولياء أضعف من ولاية الأب أنهم ليس لهم أن يزوجوا الصغيرة بدون مهر مثلها، وللأب أن يفعل ذلك، وأنهم لا ولاية لهم مع ولاية الأب، ولأن أصل الولاية عندنا موضوعة على التعصيب، وقد علمنا أن تعصيب الأب يسقط تعصيب سائر الأولياء، فوجب أن تكون ولايته أقوى؛ لكون سببها أقوى، وإذا ثبت أن ولايتهم أضعف، وجب أن يثبت لها الخيار في رفع عقدهم، كما ثبت لها الخيار في رفع عقد الأب حين صارت ولايته أضعف، وقد حُكي إثبات الخيار لها عن ابن عمر، وطاووس، وعطاء، والحسن.

وقلنا: إنها إن اختارت الفسخ، كان المهر لها إذا كان قد وطئها، لأنَّه لا خلاف فيه، ولأن الوطء الواقع بالشبهة إذا أوجب المهر، كان الوطء الواقع في النكاح الصَّحيح أولى بذلك، لأن كل وطء يقع في غير ملك اليمين لابد فيه من حد أو مهر.

مسألة: في من وطئت غير عالمة أن لها الخيار

قال: والبالغة إذا لم تعلم أن لها الخيار حتى دخل بها زوجها، كان لها الخيار إذا علمت، فإن لم تختر نفسها، فلا خيار لها بعد ذلك.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

ووجهه: أن خيارها لا يبطل إلاَّ إذا تركته مع التمكن منه، وهي في حكم من لا تتمكن منه إذا لم تعرفه، ولم تحط به علماً، يكشف ذلك أنها لو وُطئت وهي نائمة، أو مغمى عليها، لم يبطل خيارها إذا /٤٤/ أفاقت لَمَّا لم تتمكن من الخيار، كذلك إذا وطئت وهي لا تعلم أن لها الخيار.

فصل في ولاية الجد على الصغيرة في النكاح

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - في الصغيرة إذا زوجها الأولياء: لها الخيار،

(١) انظر: الأحكام ٣٧٢/١.

وخص الأب[١] فقال: لا خيار لها إذا كان المزوج لها[٢] هو الأب، فدل ظاهر كلامه أنه يُجري الجد مجرى سائر الأولياء ولا يجريه مجرى الأب، وهو قول مالك، وذهب عامة الفقهاء إلى أن الجد كالأب، وذهبت الإمامية إلى أن الجد أولى من الأب، لأنَّه قد يلي الأب، والأب لا يليه.

ووجه ما ذهبنا إليه أنَّه[٣] يدلي بالأب، فوجب أن تكون[٤] ولايته كسائر الأولياء غير الأب، دليله الأخ، أو يقال: إنَّه لا تعصيب له مع الأب، فأشبه سائر الأولياء[٥] العصبات، أو يقال: إنَّه لا حظ له في الولاء مع الأب، فأشبه سائر العصبات، ولا خلاف بيننا وبين الناصر والشافعي أنَّه يقاسِم الإخوة، فيجب أن يكون كأحدهم في ولاية النكاح، دليله الإخوة[٦] بعضهم مع بعض، ولا خلاف أن الجد لا يثبت له ولاية مع ولاية الأب، فوجب أن تكون ولايته أضعف كما قلنا في سائر الأولياء.

فأما ما ذهبت الإمامية إليه، فهو خطأ؛ لأنَّه لا يلي على الأب إذا كان رشيداً، فوجب ألا يلي ولده مع ثبوت ولايته، ولأنه عندهم يُقاسِم الإخوة، ويَسقط مع الأب، فوجب أن تكون ولايته أضعف من ولاية الأب، وكيف يقال: إن ولايته أقوى من ولاية الأب؟

فإن قيل: إن ولايته ولاية تشتمل على النكاح والمال، فأشبه ولاية الأب.

قيل له: ما اعتبرناه أولى؛ لأن ولاية المال لا مدخل لها في ولاية النكاح، ألا ترى أن الوصي له الولاية في المال، ولا ولاية له في النكاح، وابن العم له ولاية النكاح، وليس له ولاية المال؟ على أن ذلك منتقض بالعم إذا صار وصياً، فإنه يجمع ولاية المال وولاية النكاح.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٤٧، ٣٧٢.

(٢) سقط من (ب).

(٣) في (أ): أن الجد.

(٤) في (ب): أن ولايته.

(٥) في (ب): سائر العصبات.

(٦) في (أ): دليله الإخوة وأنه في القرب وهم أسوة بعضهم مع بعض.

فإن قيل: فإن ولايته للمال والنكاح من وجهين، فلا يجب أن يكون سبيله سبيل الأب.

قيل له: هذا وإن (كان من جهتين) [١] منع من النقض، فلا يؤثر؛ لأن الولاية إذا حصلت، فلا فصل أن تحصل من جهة، أو من جهتين، ونص في (الفنون) [٢] على أن ولاية الحاكم كولاية سائر الأولياء، وأن الصغيرة إذا بلغت، كان لها الخيار في فسخ ما عقد الحاكم عليها، وهو قول محمد بن الحسن. وروي عن أبي حنيفة أن ولاية الحاكم مثل ولاية الأب، ووجهه: أن الحاكم لما قام مقام المسلمين، وجب أن تكون ولايته أكثر[٣] ما فيها أن تكون مثل ولاية العم، لأن ولاية المسلمين يجب أن يكون أكثر ما فيها أن تكون مثل ولاية العم والأخ، وأيضاً وجدنا ولاية الحاكم أضعف الولايات؛ لأنها لا تثبت مع ثبوت شيء من الولايات نسباً ولا سبباً، وهي ولاية الاضطرار، فلم يجب أن تكون أقوى من ولاية العم والأخ، ولم يجب أن تكون مثل ولاية الأب؛ لأنا قد بينا أن للضعف والقوة تأثيراً في هذا الباب، ولا يصح الاعتماد على أن ولاية الحاكم ولاية تشتمل على المال والنكاح، لأنا قد بينا سقوط ذلك، وبينا أن الاعتبار بقوة الولاية وضعفها أولى.

مسألة: في حد بلوغ المرأة

قال: وحد البلوغ خمس عشرة سنة، إلاَّ أن تحيض قبل ذلك، فإن حاضت، كان ذلك /٤٥/ بلوغاً[٤].

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٥].

لا خلاف أن الحيض بلوغ، واختلفوا في السن، فقال الشافعي، وأبو يوسف: إن

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ب) وصوب في الهامش: وإن كان من جهتين فلا يؤثر.
(٢) انظر الفنون ٤٢٨ - ٤٢٩.
(٣) في (أ): أكبر.
(٤) في (أ): بلوغها.
(٥) انظر: الأحكام ٣٧٢/١.

خمس عشرة سن البلوغ، وقال أبو حنيفة: سن البلوغ ثماني عشرة سنة [١].

والدليل على ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا أبو بشر الرقي [٢]، قال: حدثنا أبو معاوية الضرير، عن عبدالله بن عمرو، عن نافع، عن ابن عمر، قال: «عُرِضتُ على رسول الله يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني في المقاتلة، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني في المقاتلة» [٣]، فذكرَ الحكم، وذكرَ السبب، فدل ذلك على أن خمس عشرة سنة [٤] سن البلوغ.

فإن قيل: يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أجازه وإن لم يكن بلغ، كما كان يرضخ لمن حضر الوقعة من النساء والمراهقين الذين ينتفع بهم.

قيل له: إنَّه فسر الحال، وقال: لم يجزني في المقاتلة يوم أحد، وأجازني في المقاتلة يوم الخندق، فبين أن الإجازة لم تكن على سبيل الرضخ، وإنما كانت إجازة المقاتلة، وتلك لا تكون إلاَّ للبالغين.

فإن قيل: روي عن ابن عمر خلاف ما روي عنه؛ لأنَّه روي عن البراء بن عازب، قال: عرضني رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنا وابن عمر يوم بدر، فاستصغرَنا رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ثُمَّ أجازنا يوم أحد، ففي هذا الحديث أن ابن عمر أجيز يوم أحد، وهو خلاف ما رواه ابن عمر [٥].

قيل له: إن ابن عمر لم ينف أن [٦] يكون أجيز يوم أحد على وجه من الوجوه، وإنما نفى أن [٧] يكون أجيز يوم أحد في المقاتلة، فيجوز أن يكون أجيز يوم أحد على

(١) سقط من (أ) سنة.
(٢) في (أ): الوراق.
(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢١٧ - ٢١٨ إلا أنه قال: عبيد الله بن عمرو.
(٤) سقط من (ب) سنة.
(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢١٩.
(٦) في (ب): أنه.
(٧) في (ب): أنه.

سبيل الرضخ، و لم يجز في المقاتلة، فلما[١] كان يوم الخندق، أجيز في المقاتلة، فيكون ذلك جمعاً بين الخبرين.

ومما يدل على ذلك أنا وجدنا مرور الزمان الذي يكون في الأغلب زمان الحيض يقوم في التي لم تحض مقام الحيض، ألا ترى أن الأغلب في ثلاث حِيَض أنها تكون في ثلاثة أشهر؟ فجعل ثلاثة أشهر في التي لم تحض قائمةً مقام ثلاث حيض، فوجب أن يكون مضي خمس عشرة سنة يقوم فيها مقام حصول الحَيْض، والعلة أنّه زمان يكون في الأغلب زمان الحَيْض، وكذلك الاحتلام لما كان في الذكور في باب البلوغ جارياً مجرى الحيض في الإناث، وجب أن يكون مضي زمان يكون في الأغلب زمان الاحتلام قائماً مقام الاحتلام في معنى[٢] البلوغ.

ومما يؤكد ذلك ويوضحه أن الأصل فيمن ثبت عقله وتمييزه أنَّ تصرفه له وعليه جائز، ما لم يمنع الشرع منه، وكان هذا الاعتبار موجباً أن يكون المرأة والغلام إذا استكملا عقولهما، وعُرِف منهما التمييز، أن يصح تصرفهما لهما وعليهما وإن لم يبلغا خمس عشرة سنة، إلاَّ أنا لم نقل ذلك للإجماع، ولما ثبت أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – لم يجرِ عبدالله بن عمر – وهو ابن أربع عشرة سنة – مجرى الرجال، فأما إذا بلغ خمس عشرة سنة، زال ذلك المانع الشرعي، فوجب أن يقال يصح[٣] تصرفهما لهما وعليهما، وهذا يمكن أن يجعل قياساً /٤٦/ مجرداً بأن يقال: لا خلاف أن من بلغ ثماني عشرة سنة رشيداً، صح تصرفه له وعليه، فكذلك من بلغ خمس عشرة سنة رشيداً، والعلة حصول العقل من دون منع شرعي من ذلك، وليس يتهيأ لهم أن يقولوا إن هاهنا شرعاً يمنع من صحة تصرفه إذا بلغَ خمس عشرة سنة، على أن التقدير بثماني عشرة لم يجر في شيء من الأصول، و لم يرد توقيف به، فلا وجه للتقدير به [٤]، والتقدير ما ذهبنا إليه، ووجد في الأصول، وورد به[٥] الأثر، فهو الأولى، ألا

---

(١) في (أ): ولما.

(٢) في (ب): مضى.

(٣) في (ب): يجوز.

(٤) في (ب): فيه.

(٥) في (ب): في.

ترى أن المخالف يجعل خمس عشرة أقل الطهر، وأقل الإقامة خمس عشرة، والشافعي يجعله أكثر الحيض؟ فلا خلاف أنه يقدر به الإبل في دية المنقلة خمس عشرة نجب، وورد به النص، فصار ما ذهبنا إليه أولى وأقوى.

مسألة: في الصغيرة تموت أو زوجها قبل الخيار

قال: وأيهما مات قبل الخيار، ورثه صاحبه، والنفقة واجبة لها من يوم العقد.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١].

وإنما أوجب التوريث[٢] بينهما، لأن الزوجية قد ثبتت على ما بيناه، فثبت[٣] التوارث، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾، وقوله: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ (النساء /١٢)، وأوجبنا أيضاً النفقة على ما نبينه في كتاب النفقات[٤].

مسألة: في الصغيرين يعقد لهما أبواهما

قال: إذا زوج الأب الصغيرة، لم يكن لها الخيار إذا بلغت، بكراً كانت أو ثيباً، وكذلك[٥] القول في الذكر الصغير إذا زوجه أبوه، وعلى الأب المهر إن ضمن عنه[٦].

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٧].

وتحصيل المذهب أن الأب إذا زوج البالغة بغير إذنها، فلها الخيار، بكراً كانت أو ثيباً، والاعتبار عندنا إنَّما هو بالصغر والكبر، وهو قول أبي حنيفة.

وقال الشافعي: يزوج الأب البكر، بالغة كانت أو غير بالغة، ولا اعتبار برضاها،

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٢/١، ولكنه لم يذكر النفقة، والمنتخب ١٢٧، ١٢٨.

(٢) في (أ): الموارثة.

(٣) في (أ):فوجب.

(٤) في (ب): النفقة.

(٥) في (أ): وكذا.

(٦) في (أ): عليه.

(٧) انظر: المنتخب ١٢٦، ١٢٨.

ولا يزوج الأب[1] الثيب إلاّ بإذنها، واعتبر البكارة والثيوبة.

والأصل فيه: ما قدمنا بإسناده من حديث عكرمة، عن ابن عباس، أن جارية بكراً أتت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

وحديث ابن عمر، كان رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ينـزع النساء من أزواجهن - ثيبات وأبكاراً - إذا كرهن ذلك بعد ما يزوجهن آباؤهن وإخوانهن، فدل ذلك على أن تزويج الأب لا يقطع خيار البالغة العاقلة وإن كانت بكراً.

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا أبو جعفر الطحاوي، قال: حدثنا أبو صالح الحكم بن موسى، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق الدمشقي، عن الأوزاعي، عن عطاء، عن جابر، أن رجلاً زوج ابنته وهي بكر بغير أمرها، فأتت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ففرق بينهما[2].

وهذا صريح ما ذهبنا إليه، ولا وجه لمن اعترض[3] هذا الحديث بأن يقول: إن غير أبي صالح رواه عن عطاء، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ولم يذكر فيه جابراً؛ لوجهين، أحدهما: أنَّه يجوز أن يكون أبو صالح حفظ ما لم يحفظ غيره. والثاني: أنَّه لو كان لم يذكر جابراً، وذكر عن عطاء مرسلاً، لصح عندنا، فإنا نقبل المراسيل.

وأخبرنا المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا أبو زرعة عبدالرحمن بن عمر الدمشقي، قال: حدثنا أبو نعيم الفضل بن دكين، قال: حدثنا يونس بن أبي إسحاق، عن أبي بردة بن أبي موسى، عن أبيه، قال: قال /٤٧/ رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت، فقد رضيت، فلو أنكرت، لم تُكره»[4]. والمراد به البكر؛ إذ لا خلاف أن السكوت لا يكون أذناً لغير بكر، فيجب

---

(١) سقط من (أ) الأب.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٦٥/٤، وفيه الحكم بن أبي موسى والصواب ما أثبتنا.

(٣) في (أ): يعترض.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٦٤/٤، وفيه وإن أنكرت.

أن يكون ذلك سبيل كل بكر، سواء كان المزوج لها أباً أو غيره، وليس لأحد أن يتعلق بأن يقول: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اليتيمة» يدل على ألا أب لها، لأنَّه لا خلاف ألا يُتم بعد البلوغ، والمراد به البالغة، بدلالة أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل سكوتها إذناً، وعلق الحكم به، وذلك لا يكون إلاَّ في البالغة، فكان المراد بقوله: «اليتيمة» المفردة عن الزوج، وهو جار مجرى قولنا: الأيم.

وأخبرنا المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا ربيع المؤذن، قال: حدثنا أسد، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعيد، عن عبدالله بن الفضل، أنَّه سمع نافع بن جبير يحدث عن ابن عباس، أن[1] رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر»[2]، فأوجب استئمار البكر، و لم يفصل بين أن يكون المزوج أباً أو غيره.

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا أبو بكرة، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «لا تنكح الثيب حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن»، قالوا: فكيف[3] أذنها يا رسول الله؟ قال: «الصمت»[4]. فمنع - صلى الله غليه وآله وسلم - من إنكاح البكر إلاَّ من بعد استئذانها، و لم يفصل بين إنكاح الأب وغيره، فدل ذلك على صحة ما قلنا.

وروى أبو بكر الجصاص في (شرح المختصر) بإسناده، عن أنس، قال: جاءت جارية بكر إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قالت: إنَّ أبويَّ زوجاني و لم يستأمراني، فهل لي من شيء؟ فقال لها: «توقي أبويك»، مرتين يرددها عليها، قالت: قد خرجت من عنده، ففرق بينهما النبي- صلى الله عليه وآله وسلم- ورد نكاحها[5].

---

(١) في (ب): بأن.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٦٦/٤.

(٣) في (أ): كيف.

(٤) أخرجه الطحاوي ٣٦٧/٤.

(٥) سقط من (أ) ورد نكاحها.

وروى أبو بكر بإسناده عن نافع، عن ابن عمر، أن رجلاً زوج ابنته بكراً، فكرهت، وأتت النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فرد نكاحها.

وروى أيضاً بإسناده عن خنساء بنت خدام، قالت: كان أنكحني أبي وأنا بكر – أكرهني [١] – فشكوت ذلك إلى رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال: «لاتُنكحها وهي كارهة»[٢].

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «تستأمر البكر في نفسها»، قالوا: فإن البكر تستحيي. قال: «أذنها صماتها»[٣].

والأخبار في هذا الباب كثيرة، ولو تتبعناها، لطال الكتاب، وكل ذلك دال على صحة ما ذكرنا و [٤]ذهبنا إليه.

فإن قيل: روي أن[٥] ابن عمر خطب ابنة عبد الله بن النحام، فأبى أن يزوجها إياه، وزوجها ابن أخيه، وكان هوى الجارية وهوى[٦] أمها في عبد الله بن عمر، فذهبت امرأة عبد الله بن النحام إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وأخبرته أن عبد الله بن النحام أنكح ابنته ولم يؤامرها، فأجاز النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – نكاحها[٧].

قيل له: يحتمل أن يكون أجاز نكاحها، لأنها كانت لم تبلغ، ويحتمل أن يكـــون – صلى الله عليه وآله وسلم – أجازه، لأنها بنفسها لم تحضر رسول الله – صلى الله

---

(١) سقط من (أ) أكرهني.

(٢) وروى هذا الحديث عن خنساء بلفظ بكر: النسائي في السنن الكبرى ٢٨٢/٣، والطبراني في الكبير ٢٥١/٢٤. ورواه البخاري والبيهقي والدارمي وعبدالرزاق بلفظ وهي ثيب.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب الولي والشهود.

(٤) في (أ) ما ذهبنا.

(٥) في (ب): عن.

(٦) سقط من (أ) هوى.

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٦٨/٤، وأحمد ٩٧/٢.

عليه وآله وسلم – و لم تكن ثبتت عنده كراهيتها، وليس لهم أن يتعلقوا بقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر»، فَفَرَقَ بينها وبين البكر، لأنه قد روي: «الأيم أحق بنفسها من وليها»، والأيم: اسم يتناول البكر والثيب، ولأن لفظ الثيب أيضاً لا يوجب أن البكر ليست أحق بنفسها، /٤٨/ وفائدة التفرقة بيان أن السكوت في البكر رضا، دون الثيب.

ولا خلاف أيضاً أنها إذا بلغت، لم يعقد عليها أبوها سائر العقود إلاَّ بإذنها، فكذلك عقد النكاح، والعلة أنَّه عقد على بالغة حرة، ولا خلاف أن سائر الأولياء لا يعقدون عليها النكاح إلاَّ بإذنها، فكذلك الأب، والعلة أن كل واحدة منهما لا يعقد عليها سائر العقود[1] إلاَّ بإذنها، وأيضاً لا يعقد عليها أبوها عقد النكاح إذا كانت ثيباً إلاَّ بإذنها، فكذلك إن[2] كانت بكراً، والمعنى أنها بالغة، وقياسنا أولى من قياسهم الكبيرة إذا كانت بكراً على الصغيرة البكر؛ لأن للبلوغ والصغر مدخلاً في إثبات الولايات وقطعها بالاتفاق، ولا مدخل للبكارة والثيوبة عندنا في ذلك على وجه من الوجوه، ولأن سائر العقود يختلف حالها بالبلوغ والصغر، ولا يختلف حال شيء منها بالبكارة والثيوبة.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: « إذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة، ثُمَّ بلغت، تم ذلك عليها، وليس لها أن تأبى، وإن كانت كبيرة وكرهت، لم يلزمها النكاح »[3]. فاعتبر الصغر والكبر دون ما عداه، فدل ذلك على صحة قياسنا، ويؤيد ذلك قول الله تعالى: ﴿**لا إِكْرَاهَ فِيْ الدِّيْنِ**﴾ (البقرة /٢٥٦)، فمنع من كل إكراه.

فأما البكر الصغيرة، فلا خلاف أن الأب إذا زوجها، لم يكن لها الخيار، فكذلك الثيب الصغيرة، والعلة الصغر، وقد ثبت أن اعتبار الصغر أولى من اعتبار الثيوبة، على

---

(١) في (أ): الأولياء.

(٢) في (أ): إذا.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب الولي والشهود.

أنَّه لا خلاف بيننا وبينهم في الثيب الصغيرة إذا كانت ذات عاهة أن أباها يزوجها، فكذلك إن لم تكن ذات عاهة، والمعنى الصغر، على أنَّه إذا ثبت أن البكر البالغة لا يزوجها أبوها بإذنها، ثبت أن البكارة ليست علة في جواز العقد عليها، وأن العلة في الصغر، فثبت ما ذهبنا إليه في الثيب الصغيرة.

وقلنا: إن الصغير في هذا المعنى كالصغيرة، لأن ولاية الأب عليهما على حد واحد، وقال في (المنتخب) [١]: إن المهر يلزم الأب.

وقلنا: ذلك بشرط الضمان تخريجاً؛ لأنَّه تشبيه بالجناية، والجناية لا تثبت إلاَّ بالفعل من الجاني يختصها، فقلنا: إن الضمان أيضاً لا يثبت إلاَّ بفعل له يختصه، ولا خلاف أنه يلزمه مع الضمان.

مسألة: في الرجل يفجر بامرأة هل له زواجها

وإذا فجر الرجل بامرأة، لم يكن له أن يتزوجها إلاَّ بعد أن يتوبا، فإن تابا، جاز نكاحهما.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢]، وأبو العباس الحسني - رضي الله عنه - خرَّج المنع على الكراهة والتأثيم، دون فساد العقد، ذكر ذلك في (النصوص)، واعتمد تأويل القاسم ويحيى عليهما السلام في قوله سبحانه: ﴿الزَّانِيْ لا يَنْكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ (النور /٣) على أن الوطء زنى، وجعل الفائدة في ذلك إخراجهما من سمة الإيمان، كما قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن»[٣]، وذلك صحيح، لأن الزنى أكثر ما فيه أنَّه فسق، والفسوق لا يمنع النكاح، سواء طرأ على النكاح، أو طرأ النكاح عليه، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الحرام لا يحرم الحلال».

فأما الحديث الذي رواه أبو داود في (السنن) بإسناده، عن عمرو بن شعيب، عن

---

(١) انظر: المنتخب صفحة ١٢٨.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٥٥.

(٣) أخرجه البخاري ٢/٨٧٥، ومسلم ١/٧٦، وابن حبان ١/٤١٤، وأبو داود ٤/٢٢١.

أبيه، عن جده، أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي، قال: قلت يا رسول الله، أنكح /٤٩/ عناقاً؟ - وكانت بغيٌّ بمكة - قال: فسكت عنا رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ونزلت: ﴿الزَّانِيْ لا يَنْكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لا يَنْكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾، فدعاني، فقرأها عليّ، وقال: «لا تنكحها»[1].

وكذلك ما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ينكح الزاني المجلود إلاّ مثله»[2]، فإنه يمكن حملهما[3] على الكراهة، فأما بعد التوبة، فلا إشكال فيه.

مسألة: في نكاح الخصي

قال: ولا بأس بنكاح الخصي إذا رضيت به المرأة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[4]، ولا خلاف فيه، وقد قال تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء /٣)، ولأن الحظ فيه مقصور عليها، فإذا رضيت، فلا مانع.

مسألة: في إنكاح الولي البعيد مع وجود القريب

قال: وإذا زوج المرأة بعض الأولياء، ولها ولي أولى بنكاحها منه، لم يجز، فإن أجازه الولي، جاز، ولا يكون سكوته إجازة، فإن طلب[5] صداقها، كان ذلك إجازة.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[6] ونص أيضاً في (الأحكام)[7] على أن تزويج الأبعد بغير إذن الأقرب من الأولياء لا يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٢٧.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٢٧.

(٣) في (ب): فإنها يمكن حملها.

(٤) انظر: الأحكام ١/٤٠٧.

(٥) في (أ): فإن طالب بصداقها.

(٦) انظر: المنتخب ١٣٤.

(٧) انظر: الأحكام ١/٣٤٧، ٣٤٨.

ووجه ما قلناه من أنَّه إذا زوجها بعض الأولياء ولها ولي أولى بإنكاحها أنَّه لا يجوز[١]: ما ثبت من[٢] أنَّه لا نكاح إلاَّ بولي؛ ولا خلاف أنَّه لا ولاية للأخ مع الأب في الصغيرة، فقلنا: إن المرأة متى كان لها ولي أولى بإنكاحها، صار الأبعد في حكم من ليس بولي، فلذلك[٣] قلنا: إن إنكاحه لا يجوز.

وقلنا: إن أجازه الولي، جاز، لما قد بينا أن النكاح الموقوف جائز، وأن الإجازة تلحقه، وقد مضى الكلام فيه.

وقلنا: إن سكوته لا يكون إجازة؛ لأن السكوت إنَّما يكون له حكم في الأمر المنبرم[٤] الذي يكون للإنسان فيه الخيار في وجه من الوجوه في وقت أو حال بعينه، فإذا مضى ذلك، و لم يختر، بطل خياره، كما في الشفعة، وبيع الخيار، فأما الأمر الذي لا يكون انبرم بعدُ، وكان كمال انبرامه موقوفاً على رضا غيره، فلا بد من أن يظهر من ذلك الغير ما يدل على الرضا من النطق[٥]، أو ما يقوم مقامه، ألا ترى أن الثيب لا يكون سكوتها رضا لما كان العقد لا ينبرم إلاَّ برضاها، فكذلك الولي؟

فإن قيل: فقد علمنا أن البكر كالثيب عندكم في أن العقد لا يتم إلاَّ برضاها، ومع هذا فقد قلتم: إن سكوتها يكون رضا؟

قيل له: كان القياس ألا يكون سكوتها رضا، وألا يتم العقد إلاَّ بإظهار الرضا بالنطق، أو ما يقوم مقامه، إلاَّ أن الأثر ورد فيها فخصها، فما لم يرد فيه النص، فهو[٦] مبقى على حكم القياس، يكشف ذلك أن ذلك جعل منها إقراراً ورضاً لما[٧]

---

(١) في (ب): ووجهه ما قلناه من أنه إذا زوجها بعض الأولياء ولها ولي أولى بإنكاحها أنه لا يجزي لما ثبت .

(٢) سقط من (ب) من.

(٣) في (ب): فكذلك.

(٤) في (ب): المبرم.

(٥) في (ب): المنطق.

(٦) سقط من (أ) فهو.

(٧) في (ب): رضى بما.

تكون في الأغلب عليه من الحياء، وهذه العلة قد نبهت عليها الآثار[١] الواردة في هذا الباب، وهي لا توجد من غيرها، فوجب أن تختص هي بذلك دون غيرها مما لا يشاركها في علة الحكم.

وقلنا: إنَّه إن طلب صداقها، كان ذلك إجازة؛ لأن طلب الصداق يتضمن ثبوت النكاح، فمطالبته بالصداق تقرير للنكاح، يدل على ذلك حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام – أن رجلاً أتاه فقال: إن عبدي تزوج بغير إذني، فقال له علي – عليه السلام –: فرق بينهما. فقال السيد لعبده: طلقها يا عدو الله، فقال له علي – عليه السلام –: أجزت النكاح. ألا ترى أن /٥٠/ الطلاق لما[٢] كان لا يصح وقوعه إلاَّ بعد وقوع النكاح، جعل عليٌّ مطالبة السيد عبدَه بالطلاق تقريراً للنكاح.

مسألة: في ألفاظ النكاح التي ينعقد بها

قال: وينعقد النكاح بلفظ الهبة، كما ينعقد بلفظ التزويج، والإنكاح.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣] وأباه في (المنتخب)[٤]، وكان أبو العباس الحسني يجعل الأصح فيه رواية (الأحكام)، وكان يتأول رواية (المنتخب) على ما نص عليه في (الأحكام)، ويقول: إن ذلك يكون إذا لم يكن المراد به الإنكاح، وكلامه في (النصوص) يدل على أن كل لفظ يوجب تمليك الأعيان يجوز به النكاح، دون ما يقتضي الإباحة والتحليل، وما جرى مجراهما، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي: لا ينعقد النكاح إلاَّ بلفظ الإنكاح أو التزويج[٥].

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾، إلى قوله: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ (الأحزاب/٥٠)

---

(١) في (ب): من الآثار.

(٢) سقط من (أ) لما.

(٣) انظر: الأحكام ٣٤٠/١، ولفظه: ثم أطلق نكاح الامرأة التي وهبت نفسها)،وانظر: الأحكام ٣٧٤/١.

(٤) انظر: المنتخب ١٣٢.

(٥) في (أ): والتزويج.

فأحل تعالى للنبي المرأة بالهبة كما أحل بالتزويج، وإذا ثبت ذلك في النبي، ثبت في جميع الأمة، ما لم يمنع منه مانع من الشرع؛ إذ الأصل في الشرع أن حالنا كحاله إلاَّ فيما خص به.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿خَالِصَةً لَكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِيْنَ﴾ (الأحزاب / ٥٠)، فجعل ذلك خالصاً له - صلى الله عليه وآله وسلم - دون ما سواه.

قيل له: قد قيل في معنى قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَكَ﴾ إن المراد به خالصة من غير مهر؛ لأن غيره - صلى الله عليه وآله وسلم - لا تحل له المرأة إلاَّ بمهر، ويدل عليه ما تقدم من قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِيْ آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾، ثُمَّ قال: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِي﴾، فبين أن النكاح جائز له بالمهر وبغير المهر، لأن الأجور هي المهور، وقد قيل[١] إن المراد به خالصة لك، فلا تحل لأحد من المؤمنين[٢] بعدك، أو بعد فراقك إن فارقت، واستدلوا عليه بأنه لم يتقدم هذه اللفظة ما يجب تأنيثه غير المرأة، فوجب أن يرجع قوله سبحانه: ﴿خَالِصَةً لَكَ﴾ إلى ذاتها دون ما سواها، وإذا كان الأمر على ما بينا، لم يصح أن يقال: إن المراد العقد بلفظ الهبة، وإن ذلك هو الذي خلص[٣] للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من دون المؤمنين.

ويدل على ذلك: ما رواه هناد، أن محمد بن كعب القرظي، وعمر بن الحكم، قالا: إن التي وهبت نفسها للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ميمونة بنت الحارث، امرأة من بني بكر[٤].

---

(١) في (ب) وقد قيل عنه إن.

(٢) في (أ): المسلمين.

(٣) في (ب): يخلص.

(٤) الذي في تفسير ابن كثير ٣/٥٠١ عنهما: تزوج صلى الله عليه وسلم ستاً من قريش: خديجة وعائشة وحفصة وأم سلمة وأم حبيبة وسودة، وثلاثاً من بني عامر بن صعصعة، وامرأتين من بني هلال بن عامر: ميمونة بنت الحارث وهي التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم وزينب أم المساكين، وامرأة من بني بكر بن كلاب من القرظيات وهي التي اختارت الدنيا، وامرأة من بني الجون وهي التي استعاذت منه، وزينب بنت جحش الأسدية، والسبيتين: صفية بنت حيي وجويرية بنت الحارث الخزاعية.

وروى هناد بإسناده، عن جابر، عن الحكم، عن علي بن الحسين، أو الحسين بن علي – عليهم السلام – أن التي وهبت نفسها للنبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أم شريك الدوسية[١].

وبإسناده عن هشام، عن أبيه، قال: كان يقول: إن خولة بنت حكيم[٢] من اللاتي وهبن أنفسهن للنبي – صلى الله عليه وآله وسلم –[٣].

فهذه الأخبار تدل على أن الهبة كانت له عقداً – صلى الله عليه وآله وسلم – فإذا ثبت ذلك له، ثبت لسائر أمته على ما بيناه.

وروي أن امرأة جاءت إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقالت: يا رسول الله، إني وهبت نفسي لك، قال: «مالي في النساء حاجة»، فسأله رجل أن يزوجه إياها، فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – للرجل: «قد ملكتكها على ما معك من القرآن».

فدل ذلك على أن النكاح يقع بلفظ التمليك كالبيع، ولا /٥١/ خلاف أن الطلاق يقع بالتصريح والكناية، والعلة أنَّه عقد يختص منافع البضع، وأيضاً يملك بلفظ الهبة بضع الأمة، فوجب أن يملك به بضع الحرة، والعلة أنَّه من لفظ التمليك، ويعضد قياسنا أن البيع موضوع لتمليك المنافع والأعيان، والنكاح موضوع لتمليك المنافع دون الأعيان، فلما ملك بالبيع الأعلى، كان أن يملك به الأدنى أولى.

وأيضاً قياسنا يفيد شرعاً، فوجب أن يكون أولى، ولا يعترض ما ذهبنا إليه لفظ الإباحة والإحلال، لأنهما لا يقتضيان التمليك.

مسألة: في المشرك يسلم وعنده أكثر من أربع

قال: ولو أن مجوسياً تزوج امرأتين في عقدة واحدة، ثُمَّ ثلاث نسوة في عقدة، ثُمَّ أسلم، وأسلمن، ثبت نكاح المرأتين، وبطل نكاح الثلاث، فإن كان تزوج ثلاث

(١) ذكره الطبري في تفسيره٢٢/٢٣، وابن كثير في تفسيره ٣/٥٠١، إلا أن فيه الأسدية بدل الدوسية.
(٢) في (ب): حكم.
(٣) رواه الطبري في تفسيره٢٢/٢٣، وابن كثير في تفسيره ٣/٥٠١.

نسوة في عقدة، ثُمَّ امرأتين، صح نكاح الثلاث، وبطل نكاح المرأتين، وعلى هذا القياس كل من شاركت الخامسة في العقدة، بطل نكاحها، ونكاح الخامسة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، وروي نحوه عن قتادة.

قال محمد، والشافعي: يختار منهن أربعاً، وحكى أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - عن محمد بن يحيى عليهما السلام: أنَّه إن تزوجها بغير شهود، ثُمَّ أسلما، فهما على نكاحهما إذا كان ذلك جائزاً عندهم.

قال أبو العباس الحسني: وكذلك إذا تزوجها بغير ولي، قال: فإن كان نكحها وهي في عدة، ثُمَّ أسلما، فُرِّق بينهما، قال أبو حنيفة: لا يُفَرَّق بينهما.

والأصل في ذلك ما أجمعنا عليه من أنَّه لو تزوج بذات رحم محرم، ثُمَّ أسلما، وجب التفريق بينهما، وكانت العلة فيه أنهما تناكحا على وجه لو تناكحا عليه في الإسلام، لم يكن للاجتهاد مسرح في تثبيت نكاحهما، فوجب أن يكون ذلك حكم من تزوج خمساً في عقدة، وحكم من تزوج أختين في عقدة، ولا يلزم عليه لو تناكحا بغير ولي وشهود، لأن هذا التناكح مما للاجتهاد فيه مسرح في تثبيته.

ويدل على صحة هذا الاعتبار ما ثبت[٢] أن حكمنا وحكم الكفار سواء في الشرع فيما يحل ويحرم، وإن كنا نتركهم على كثير مما هو محرم عليهم وعلينا، إذا كان جائزاً في دينهم؛ للعهد الذي لهم، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن الأنكحة التي ذكرناها وقعت فاسدة باطلة، وإذا وقعت فاسدة باطلة، لم يصححها طروء الإسلام عليها، فوجب ألا تقرر مع الإسلام، وليس كذلك النكاح بغير ولي وشهود، وما جرى مجراهما، لأنه حين وقع، لم يقع على وجه يطلق القول فيه بأنه باطل، ألا ترى أن المسلمَين لو عقداه، لم يلزمنا أن نتبعهما بالفسخ، ولو وجب أن نخلي بينهما وبين اجتهادهما؟ وكذلك لو حكم حاكم، لم يجب فسخه، فلم يمتنع أن يستقر مع طروء الإسلام عليه.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٣/١.

(٢) في (ب): يثبت.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن نكاح ذات رحم محرم لم يجز أن يُقَر مع الإسلام؛ لأنَّه يستوي فيه حال ابتداء النكاح وحال بقائه، فلا يلزم عليه النكاح في العدة؛ لأن العدة تمنع من ابتداء النكاح، ولاتمنع من بقائه؟

قيل له: هذه العلة لا تنافي علتنا، فنقول بهما، وإن كانت علتنا أعم من هذه وأقوى للاعتبار الذي ذكرناه، فنحتج بهذه العلة، وبعلتنا التي قدمناها على الشافعي ومحمد للمنع من مقارتهم إذا أسلموا على أن يختاروا أربعاً من خمس إذا كان العقد الواحد جمعهن، ومِن أن /٥٢/ يختاروا واحدة من الأختين إذا كان العقد الواحد جمعهما.

ونحتج لقياسنا الأول خصوصاً على من خالفنا في نكاحهم في العدة، وأيضاً لو أن امرأة كان لها زوجان تزوجاها معاً في الشرك، ثُمَّ أسلمت، وأسلما، وجب فسخ ذلك النكاح، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ للعلة التي ذكرناها، فوضح بذلك أيضاً ما ذهبنا إليه.

فإن استدلوا بما روى معمر[١]، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذ منهن أربعاً»[٢].

وبما روي عن الحارث بن قيس، قال: أسلمت وتحتي ثمان نسوة، فأمرني رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن أختار منهن أربعاً[٣].

وما روي عن فيروز الديلمي، قال: أسلمت وعندي أختان، فأتيت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «طلق إحداهما»، وفي بعض الأحاديث[٤]: «طلق أيهما شئت»[٥].

---

(١) في (أ): عن معمر.
(٢) أخرجه الحاكم ٢/٢٠٩، وابن حبان ٩/٤٦٣، والترمذي ٣/٤٣٥، وعبد الرزاق ٧/١٦٢.
(٣) أخرجه البيهقي ٧/١٤٩، والدارقطني ٣/٢٧٠، وابن أبي شيبة ٤/٣.
(٤) في (أ): الأخبار.
(٥) أخرجه ابن حبان٩/٤٦٢، والترمذي ٣/٤٣٦، والبيهقي ٧/١٨٤، والدارقطني ٣/٢٧٣، وأبو داود ٢/٢٧٢.

قيل لهم: الكلام في هذه الأحاديث من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن هذه العقود يجوز أن تكون كانت قبل تحريم الجمع بين الأختين، وتحريم الجمع بين الخمس، فلا تكون وقعت باطلة يوم وقعت، وتقرير ما هذا سبيله في الإسلام مما لا نأباه[١].

وقد دل على ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا خلاد بن محمد، (حدثنا محمد) [٢] بن شجاع، عن يزيد بن هارون، حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن معمر، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة كان تزوجهن في الجاهلية، فقال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «خذ منهن أربعاً»، فبين أن نكاحهن كان في الجاهلية، فبان أنَّه كان قبل استقرار الشرع، وتحريم الجمع بين أكثر من أربع، وكذلك قوله لفيروز الديلمي: «طلق إحداهما»، يدل على أن النكاح كان وقع صحيحاً، لأن الطلاق لا يكون إلاَّ بنكاح صحيح، وهذا يوجب أن وقوعه كان قبل تحريم الجمع بين الأختين.

والوجه الثاني: أنَّه يجوز أن يكون المراد بقوله: «اختر» أي بنكاح جديد[٣].

والوجه الثالث: أنَّه يجوز أن يكون المراد اختر الأوائل منهن.

فصل: في الزواج بأكثر من أربع

نص في (الأحكام) [٤] على أنَّه لا يحل الجمع بين أكثر من أربع، ولا خلاف فيه بين العلماء من أهل البيت - عليهم السلام - وسائر الفقهاء، ويحكى عن قوم مجاهيل أنهم أجازوا ذلك، وإجماع المسلمين يحجهم.

ثُمَّ ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من قوله لغيلان حين أسلم وتحته عشر نسوة: «خذ منهن أربعاً»، وكذلك حديث الحارث بن قيس، وما روي

---

(١) في (أ): يأباه.

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ).والحديث أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢٥٤.

(٣) في (أ): صحيح جديد.

(٤) انظر: الأحكام ١/٣٣٩.

عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء /٣)، قصر الرجال على أربع من أجل أموال اليتامى.

مسألة: في العقد على امرأتين إحداهما محرمة

قال: ولو تزوج امرأتين في عقدة واحدة، فوجد إحداهما ممن لا يحل له نكاحها، ثبت له نكاح الأخرى دونها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

ووجهه أنَّه عقد نكاح انطوى على صحة وفساد، فوجب ألا يفسد الصحيح، كما أنَّه لو تزوج على خمر، أو خنزير، لم يفسد النكاح، ولا يجب أن يكون سبيله سبيل من اشترى عبداً و حراً بثمن واحد؛ لأن عقد البيع تفسده الشروط الفاسدة، والغرر، والإنطواء على أي فساد كان، وليس كذلك عقد النكاح.

فإن قيل: أليس من تزوج بخمس في عقد واحد، كان نكاح الجميع فاسداً، فما أنكرتم أن يكون /٥٣/ ذلك سبيل من تزوج بأجنبية، وذات رحم محرم؟.

قيل له: ليس سبيل المسألتين سبيلاً واحداً، وذلك أن من تزوج بخمس في عقد واحد يكون عقدُ كل واحدة منهن فاسداً، لأنه جامعٌ بعقد كل واحدة منهن بين خمس، وليس كذلك سبيل من تزوج بأجنبية وذات رحم محرم؛ لأنه بان جمع(٢) بكل واحدة منهما بينهما لا يجب فساده، ألا ترى أنَّه لو تزوج كل واحدة منهما على صاحبتها، ثبت نكاح الأجنبية، وبطل نكاح ذات الرحم المحرم؟ فكذلك إذا جمع بينهما، ولو أنَّه تزوج واحدة، ثُمَّ أربعاً، ثبت نكاح الواحدة، وفسد نكاح الأربع، فلا بد من حصول الفساد في التي زادت على الأربع، وليس واحدة من الخمس أولى بذلك من صاحبتها، فوجب فساد نكاحهن؛ لأن الفساد فيهن لا يتعين، والفساد في الأجنبية وذات الرحم متعين.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٨/١.

(٢) في (ب): جامع.

باب القول في ذكر الأولياء

مسألة: في ترتيب الأولياء

أولياء المرأة في الإنكاح هم: العصبة، وأولاهم[١] الابن، ثُمَّ ابن الابن، وإن سفل، ثُمَّ الأب، ثُمَّ الجد أب الأب وإن علا، ثُمَّ الأخ لأب وأم، ثُمَّ الأخ لأب، ثُمَّ ابن الأخ لأب وأم، ثُمَّ ابن الأخ لأب، ثُمَّ العم لأب وأم، ثُمَّ العم لأب، ثُمَّ ابن العم لأب وأم، وإن سفل [٢]، ثُمَّ ابن العم لأب وإن سفل، ثُمَّ ابن عم الأب وإن بعد، ثُمَّ المولى وهو المعتق.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣] و(المنتخب) [٤].

ما ذهبنا إليه من أن الابن أولى بالإنكاح من الأب، هو[٥] قول مالك وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي: الولي هو الأب، دون الابن.

والأصل في هذا ما أجمعنا عليه من أن الأب أولى من الجد، والعلة أنَّه لا تعصيب للجد مع الأب، فوجب أن يكون الابن أولى من الأب، إذ لا تعصيب للأب مع الابن.

ويبين صحة هذا الاعتبار أنا وجدنا الولاية مقصورة على التعصيب، ووجدنا كل من لا تعصيب له مع غيره يكون ذلك الغير أولى بالإنكاح منه كالأخ للأب والأم، مع الأخ لأب، وكالأخ لأب مع ابن العم، وكالعم لأب وأم، مع العم لأب.

فإن قيل: فالجد يعود ذا سهم عندكم مع الإخوة، ويكون التعصيب لهم، ومع هذا فقد قلتم: إن الجد أولى من الأخ.

---

(١) في (أ): أولادهم.

(٢) سقط من (أ) وإن سفل.

(٣) انظر: الأحكام ١٢/ ٣٤٧.

(٤) انظر: المنتخب ١٢٥.

(٥) في (ب): وهو.

قيل له: الجد عندنا يقاسم الإخوة في بعض الأحوال على جهة التعصيب، وإنما يعود ذا سهم في الموضع[1] الذي يعود لمزية له، ولتلك المزية جعلناه أولى من الأخ، ألا ترى أن الأخ لا يكون أسعد من الجد في حال، وقد يستويان في التعصيب، ويعود الجد أسعد من الأخ في حال؟ وليس كذلك حكم الأب مع الابن؛ إذ لا تعصيب له مع الابن بحال.

فإن قيل: الأب أولى أن يعقد عليها النكاح؛ لأنه هو الذي يعقد عليها سائر العقود كالبيوع ونحوها.

قيل له: اعتبارنا أولى؛ لأنَّه هو المراعَى في ولاية النكاح، ولا يعتبر فيها سائر العقود، ألا ترى أن الوصي يعقد على الصغيرة سائر العقود، وليس له عقد النكاح، وإنما هو للعصبة؟

فإن قيل: الابن ليس من نسبها، وإنما جعل النكاح إلى من يكون من نسبها، لأن الغضاضة التي تلحق فيه راجعة إلى من يكون لها نسباً.

قيل له: الابن هو منها، فهو /٥٤/ أقرب نسباً إليها من غيره، والغضاضة قد تلحق الابن كما تلحق سائر العصبات، على أنا نعلم من طريق العادة أن الخال تلحقه الغضاضة لما يكون من بنت أخته، كما تلحق العم بما يكون من ابن أخيه، ومع هذا لا ولاية للخال فبان أن الاعتبار غير مقصور عليها.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «لا يؤم الرجل أباه، وإن كان أفقه منه»، فأكد حقوق الآباء، فيجب ألا يكون أولى منه بالإنكاح.

قيل له: وتأكُد الحق أيضاً لا مساغ له في هذا الباب، لأنا نعلم أن الأم آكد حقاً من ابن العم، ومع هذا الولاية لابن العم دون الأم، على أن هذا لو صح، لوجب أن يكون الجد أولى من الأب، ويقوى اعتبارنا بحديث ابن عباس، عن النبي - صلى الله

---

(١) في (ب): المواضع.

عليه وآله وسلم -: « اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله تعالى، فما تركت[1] الفرائض، فلأولى[2] رجل ذكر »[3]، ولا خلاف أن الابن والأب إذا اجتمعا كان فاضل المال للابن، فثبت أَنَّه أولى، فإذا ثبت بما بيناه من أن الولاية في النكاح طريقها التعصيب، بان صحة ما ذكرناه إلى آخر الفصل.

مسألة: في عقد الأب أو الجد مع وجود الابن

قال: ويستحب للأب والجد أن يعقدا دون الابن بإذنه وتوكيله.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [4].

ووجهه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من قوله: «لا يؤمَّن الرجلُ أباه، وإن كان أفقه منه»، فأوجب تعظيمه وتوقيره، وقال أيضاً في حديث القَسامة (الكبرَ الكبرَ)[5] تنبيهاً على توقير الأسن، وروي: «ليس منا من لم يرحم الصغير، ويوقر الكبير»[6].

مسألة: في ولاية الصبي والمجنون، وعلامات البلوغ

قال: ولا ولاية لمن لم يبلغ، والبلوغ خمس عشرة سنة، أو الاحتلام، أو الإنبات، وكذا القول فيمن اختل عقله، إلاَّ أن ترضى المرأة، ويجيز عقده سائر الأولياء.

نص في (الأحكام) [7] على ما ذكرناه في البلوغ، ونص فيه على ما ذكرناه[8] في الأب المختل العقل إذا زوج ابنته.

---

(١) في (أ): ترك.

(٢) في (ب)عصبة رجل ذكر.

(٣) أخرجه البخاري ٦/٢٤٧٨، ومسلم ٣/١٢٣٤، وابن حبان ١٣/٣٨٩، والحاكم ٤/٣٧٦.

(٤) انظر: الأحكام ١/٣٤٧.

(٥) أخرجه البخاري ٦/٢٥٢٨، وابن حبان ١٣/٣٥٨، والبيهقي ٨/١١٨، والدارقطني ٣/١١٠، وأبو داود ٤/١٧٧.

(٦) أخرجه ابن حبان ٢/٢٠٣، والطبراني في الكبير ١١/٧٢، وأحمد ١/٢٥٧.

(٧) انظر: الأحكام ١/٣٧٣، ٣٩٤.

(٨) في (أ): ذكره.

أما الاحتلام، فلا خلاف بين المسلمين أنّه بلوغ.

وأما بلوغ الصبي خمس عشرة سنة، فقد دللنا على أنّه حد البلوغ فيما مضى بما لا غرض في إعادته.

وأما الإنبات، فقد اعتمد يحيى - عليه السلام - لكونه علَماً للبلوغ: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا محمد بن خزيمة، حدثنا حجاج، عن حماد بن سلمة، عن أبي جعفر الخطمي، عن عمارة بن خزيمة، عن كثير بن السائب، حدثنا أبناء قريظة أنهم عرضوا على رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يوم قريظة، فمن كان محتلماً، أو نبتت عانته، قتل، ومن لم يكن احتلم، أو نبتت عانته، تركه[١]. فدل ما فعله - صلى الله عليه وآله وسلم - مِنْ قَتْل من احتلم، أو نبتت عانته، أن حكم الإنبات والإحتلام في معنى البلوغ سواء.

وأخبرني المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، حدثنا ابن وهب، حدثني عمرو بن محمد، عن نافع، عن سالم مولى عمر، قال: كتب عمر إلى أمراء الأجناد: ألاَّ تضربوا الجزية إلاَّ على من جرت المواسي عليه[٢].

وحدثنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن مرزوق، حدثنا ابن وهب، حدثنا سعيد، عن ابن حصين، عن عبدالله بن عبيد بن عمير، عن أبيه، أن عثمان أُتي بغلام قد سرق /٥٥/ فقال: انظروا أخضَرَّ مئزره؟ فإن كان اخضرَّ، فاقطعوه، وإن لم يكن اخضر، فلا تقطعوه[٣].

فدل قول عمر وعثمان على أن الإنبات بلوغ؛ إذ لا خلاف أن الجزية لا[٤] تضرب إلاَّ على البالغ، وأن القطع لا يجب إلاَّ على البالغ، ولم يروَ أن أحداً من

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢١٧/٣.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢١٧/٣ إلا أن فيه: أسلم مولى عمر.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢١٧/٣ وفيه: حدثنا شعبة، عن أبي حصين،والمراد بالمئزر العانة وهو مجاز من تسمية الشيء باسم محله.

(٤) في (ب): إنما تضرب على البالغ.

الصحابة أنكر ذلك، فدل على أنه إجماع منهم، وحكى أبو جعفر أنَّه قول أبي يوسف، ومحمد.

وأما المختل العقل إذا زوج، فذكر أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - أنَّه يصح بالإجازة إذا لم يكن مطبق الجنون، وكان بمنزلة المراهق، وأنه إن كان مطبق الجنون، لم يجز.

والأصل فيه: ماروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمر ابن أم سلمة أن يزوجها منه، وهو مراهق. وما ذهب إليه يحيى - عليه السلام - من أن المراهق يجوز بيعه وشراؤه إذا أذن له فيه وليه، وهذا مما نبينه بعون الله تعالى في كتاب البيوع؛ فإذا ثبت ذلك، ثبت ما قلناه في المختل إذا زوج برضا المرأة، ورضا الأولياء.

مسألة: في إنكاح الوصي

قال: وليس للوصي أن ينكح إلاَّ بإذن الولي .

[وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١)] وهو قول أبي حنيفة، والشافعي.

ووجهه: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا نكاح إلاَّ بولي» واسم الولي لا يتناول الوصي على الإطلاق، وأيضاً قد بينا فيما مضى أن ولاية النكاح مقصورة على التعصيب، ويكشف ذلك أن الأب، أو الابن، أو الجد، إذا خرج كل واحد منهم عن أن يكون له حيازة إرث التعصيب بأن يكون كافراً أو عبداً، أو مكاتباً، خرج من الولاية، ولم يكن له فيها حظ، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن الوصي لا حظ له فيها.

فإن قيل: أليس الحاكم له ولاية، وإن لم يكن له تعصيب؟

قيل له: هو مخصوص لما له من الولاية العامة، والإجماع، والأثر.

فإن قيل: إذا جاز أن يقوم الوصي مقام الأب في التصرف في المال. فهلاَّ جاز أن يقوم مقامه في الولاية؟

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٥١، ٣٥٣.

قيل له: لأن الولاية إذا زالت، صارت حقاً لغير من زالت عنه، وليس كذلك التصرف في المال، ألا ترى أن امرأة لو كان لها أب وأخ، فَجُنَّ الأب، أو مات، صارت الولاية للأخ، ولم يصر حق التصرف إلى الأخ، فإذا ثبت ذلك، فالولاية منقطعة عن الأب بموته، فلا تجوز لمن يقوم مقامه، على أن التصرف في المال ليس بحق للأب، وإنما هو حق للولد، وليس كذلك ولاية النكاح؛ لأنها حق الأولياء[1]، فلا يحصل هذا الحق لمن لا حظ له في الولاية.

فإن قيل: أليس وكيل الأب يُزوِّج، فما أنكرتم أن يكون وصي الأب يزوِّج؟

قيل له: لأن الوكيل مُعبِّر عن غيره، وليس كذلك الوصي. ألا ترى أن الموكِل إذا مات، بطلت وكالة الوكيل، وليس كذلك الوصية، لأنها لا تستقر إلاَّ بعد موت الموصي؟ ويدل على ذلك أنَّه قد ثبت أن الولاية حق للأولياء بدلالة قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «الأيم أحق بنفسها في غير كفؤ»، ولما ثبت عندنا أن الكبيرة مع صحة تصرفها في سائر حقوقها لا يصح تصرفها في ولاية النكاح من دون الأولياء، فإذا /٥٦/ ثبت ذلك، وجب ألا يصح تصرف الوصي، كما لا يصح تصرفه بحقوق الورثة الكبار، والعلة أنَّه حق بالغ رشيد، فوجب ألا يصح تصرف الوصي فيه، ويؤكد ذلك أن الوصي لا غضاضة عليه فيما يكون من المرأة من وضعها نفسها في غير كفؤ، وليست[2] له الولاية العامة، ولا التعصيب، فوجب ألا يجوز إنكاحه، كسائر الأجانب.

فإن قيل: أليس يحيى - عليه السلام - أجاز نكاح الوصي في كتاب الوصايا من (الأحكام) [3]؟

قيل له: أجاز ذلك إذا لم يكن أحد من العصبة، فأجراه مجرى غيره من المسلمين، على أنَّه لا يمتنع أن يقال: إن تقديمه يستحب على غيره إذا لم يكن أحد من العصبة، ولم يوجد حاكم، كما نص على ذلك في ذي الرحم.

---

(١) في (أ): للأولياء.

(٢) في (أ): ليست.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٤٢٩.

مسألة: في ولاية المختلفين في الدين أو النسب

قال: والمسلم لا يكون ولياً للكافرة، والكافر لا يكون ولياً للمسلمة، لا في النكاح، ولا في السفر.

ولا ولاية في النكاح للمملوك، ولا المدبر، ولا المكاتب، ولا لذوي الأرحام، ولا لمن يقرب بالرضاع، ويستحب تقديم ذي الرحم في الإنكاح على الأجنبي، ولا يجب.

جميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام) [١] إلاَّ ما ذكرناه في ذوي الأرحام فإنه منصوص عليه في (المنتخب) [٢]، على أنَّه قال في (الأحكام) [٣]: (الأولياء هم العصبة). فنبه على ألا ولاية لذوي الأرحام.

ما ذكرناه من أنَّه لا ولاية للمسلم على الكافرة، ولا لكافر على مسلمة، مما لا أحفظ فيه خلافاً، وقد قال الله تعالى: ﴿لا تَتَوَلَّوا قَوْماً غَضِبَ اللهُ عَلَيْهِمْ﴾ (الممتحنة /١٣)، وقال سبحانه: ﴿لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِيْنَ أَوْلِيَاءَ مِن دُوْنِ الْمُؤْمِنِيْنَ﴾ (آل عمران /٢٨)، فمنعنا أن نتخذهم أولياء، أو نكون أولياء لهم، وقال: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (التوبة/٧١)، وقال في الكافرين: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾(المائدة/٥١)، فدل على أن ولايتهم مقصورة عليهم، وأن ولايتنا مقصورة علينا.

وقلنا: إن الكافر لا يكون ولياً للمسلمة في السفر؛ لأنَّه لا يؤمَن عليها، ولا يوثَق بدينه.

وقلنا: العبد لا ولاية له؛ لأنه لا يلي نفسه، فوجب ألا يلي غيره، كالصغار، والمجانين، ولأنه لا سهم له في الغنيمة، ولا يقلَّد القضاء، فأشبه الصغير، وكذلك المكاتب، والمدبر؛ للوجه الذي ذكرناه.

فإن قيل: فالمكاتب يتصرف.

قيل له: تصرفه يجري مجرى تصرف العبد المأذون له في التجارة؛ لأنه لا يلي نفسه،

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٣/١.

(٢) انظر: المنتخب ١٢٦.

(٣) انظر: الأحكام ٣٤٧/١.

على أنا قد بينا أن الولاية مقصورة على التعصيب، فأوجب ذلك صحة ما قلناه في ولاية المسلم والكافر والعبد؛ لأنَّه لا تعصيب لهم.

وأما ذوو الأرحام، فقد قال أبو حنيفة: إنهم يكونون أولياء إذا لم يكن هناك [(١)] عصبة موجودة، وما بيناه من أن الولاية مقصورة على التعصيب يوجب أن ذوي الأرحام لا ولاية لهم، وأنهم بمنـــزلة الأجانب.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾(الأنفال/٧٥).

قيل له: حُكي عن المفسرين أنها نزلت في معنى الميراث، وذلك أنَّه روي أن المسلمين كانوا يتوارثون بالهجرة؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُم مِّن وَلايَتِهِمْ مِن شَيْءٍ حَتَّى /٥٧/ يُهَاجِرُوا﴾ (الأنفال /٧٢) فنسخت هذه الآية، وهذا الحكم، بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾، على أنا لا نمتنع أن نقول: إن ذوي الأرحام أولى من سائر المسلمين على طريق الاستحباب، إذا لم يكن أحد من الأولياء، وصارت ولايتها إلى جميع المسلمين، فتحمل الآية على ذلك.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال [(٢)]: «الخال ولي من لا ولي له»[(٣)].

قيل له: هذا الخبر - وإن صح- لم يفد موضع الخلاف؛ لأنا نقول: إنَّه ولي، ولكن ولايته كولاية واحد من المسلمين إذا لم تكن عصبة، ولا سلطان، يؤكد ما ذكرناه أن ولاية النكاح من حكمها ألا تستقر للبعيد مع القريب إذا كانا جميعاً من أهل الولاية الخاصة، فلو كان الخال ولياً؛ لوجب ألا يكون لابن العم معه ولاية، وهذا فاسد بالإجماع، ولا يلزم عليه الإرث؛ لأن الإرث قد يحصل للبعيد مع القريب، ألا ترى أن ابن العم يرث مع الابنة، وابنة الابن، ومع الإخوة لأم؟

وقلنا: يستحب تقديم ذوي الرحم على غيره من المسلمين؛ لمزية القربى التي له،

(١) في (ب): إذا لم يكن عصبة وما بيناه من أن الولاية مقصورة على التعصيب فوجب.

(٢) سقط من (ب) أنه قال.

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ٤/٧٦.

ولقول الله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾(الأنفال:٧٥)، ولأن الاحتياط مستحب في المناكحات إذا أمكن.

مسألة: في مدة انتظار الولي المسافر

قال: وأقصى الغيبة التي يجب معها انتظار الولي للإنكاح أن يكون الولي على مسيرة شهر، إلاَّ أن يكون البلد الذي هو فيه لا ينال.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(١)].

وحكي عن أبي يوسف أن الغيبة المنقطعة مثل ما بين بغداد والري، وعن محمد مثل ما بين الري والكوفة، وروي عنه ما بين الرقة والبصرة، وهذا قريب من تحديد يحيى – عليه السلام –.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الولاية حق للولي ثابت، فلا ينقطع إلاَّ بالتوقيف، ولا توقيف فيما دون ما ذهبنا إليه؛ لأن الناس قد اختلفوا فيه، و لم يَرِد فيه أثر، وما ذكرناه قد أجمع على أن الولاية تنقطع معه، فقلنا به.

فإن قيل: فهذا مما يلحق المرأة عنه ضرر.

قيل له: ولو قلنا غير ذلك، ألحقنا الضرر بالولي؛ لبخس حقه من الولاية، وافتيات[(٢)] حرمته عليه، على أن الضرر إذا كان فيما يوجبه الشرع، فيجب أن يحتمل؛ ألا ترى أن امرأة المفقود يلزمها الصبر على ما يلحقها من الضرر؟

وقلنا: إلا أن[(٣)] يكون الولي في بلد لا ينال؛ لأن ذلك في الحكم أبعد من البلد الذي بينه وبينها مسيرة شهر، لأن ذلك ينال في شهر، وما ذكرناه لا ينال.

---

(١) انظر: المنتخب (١٢٨).

(٢) الافتيات عليه: العمل دون أمره. وافتاته الأمر: ذهب عنه. القاموس المحيط (٢٠٠١م). ص١٥٨- ط١ الناشر: دار إحياء التراث العربي – لبنان.

(٣) في (ب): ألا يكون.

مسألة: في انعدام الولي أوغيابه أو امتناعه

وإذا لم يكن للمرأة ولي، أو غاب غيبة منقطعة، أو أبى تزويجها من الكفؤ، كان إمام المسلمين وليها، أو من يلي من قبله، فإن لم يكن إمام، فرجل من المسلمين ترضى به المرأة.

وقد نص في (الأحكام) و(المنتخب)[١] على ذلك جملة.

لا خلاف أن المرأة إذا لم يكن لها ولي، كان الإمام وليها، أو من يقوم مقامه، وكذلك إن غاب غيبة منقطعة، أو عضلها.

وقد دل على ذلك ما قدمناه من حديث علي - عليه السلام - عن النبي صلى الله عليه وآله /٥٨/ وسلم قال: «أيما امرأة تزوجت بغير ولي، فنكاحها باطل، وإن لم يكن لها ولي، فالسلطان ولي من لا ولي له».

وفي حديث عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « فإن تشاجرا، فالسلطان ولي من لا ولي له ».

واختُلِفَ إذا لم يكن سلطان، فمن الناس من قال: عليها أن تصبر، وقال أبو ثور مثل قولنا مع فقد الأولياء والحاكم، وزاد فقال ذلك مع وجود الأولياء.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه، قول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (التوبة /٧١)، فأثبت لبعضهم الولاية على بعض، فوجب بظاهره أن يكون كل مؤمن ولياً لكل مؤمنة، إلاَّ حيث يخص الدليل، وإذا ثبت ذلك، وثبت أن الولاية العامة لا تكون مع الولاية الخاصة، خصصنا الولاية العامة ما وُجِدَت الولاية الخاصة، فإذا فُقدت، وجب إثبات الولاية العامة بظاهر الآية، ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِيْنَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ (النور /٣٢)، وهذا عام في العصبات، والأقارب، والأجانب.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٥/١، ٣٤٦، ٤٠٦. المنتخب ١٢٦، ١٢٨.

ويدل على ذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه»، ولم يشترط أن يكون المزوج قريباً أو بعيداً.

وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي »، وكل من ولته المرأة أمرها يتناوله اسم الولي، فوجب أن يصح إنكاحه[1]، ولا خلاف في البالغة إذا كان لها إخوة، أنها إذا فقدت ولاية الأب، لم تعدم ولاية غيره، فكذلك التي لا أقارب لها إذا فقدت ولاية الإمام، وجب ألاَّ تعدم ولاية غيره، والعلة أنها أيم افتقدت أباً، فوجب ألا تعدم ولاية غيره، يوضح ذلك أنها لما انقطعت منها ولاية الأقارب، حصلت لها ولاية الإمام، فكذلك يجب أن يحصل لها ولاية سائر المسلمين؛ لئلا يلحقها الضرر بفقدها من يُنكحها، فإذا ثبت بما بيناه أن ولايتها تحصل للمسلمين، فأيهم رضيت به المرأة، جاز إنكاحه لها.

مسألة: في المرأة تدعي ألاَّ ولي لها

قال: ولو أن امرأة غريبة ادعت ألا ولي لها، فأكثر ما عليها أن تُستحلف على ذلك.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [2].

ووجهه: أنها إذا كانت غريبة مجهولة النسب، فلا سبيل إلى معرفة أوليائها من ذوي الأنساب إلاَّ من جهتها، فيجب أن يكون قولها في ذلك مقبولاً، وأما الاستحلاف، فعلى سبيل الاحتياط إن رأى الحاكم ذلك.

مسألة: في المرأة يُنكحها وليان

قال: ولو أن وليين أنكحا بامرأة [3] رجلين، وكان أحدهما أقرب في النسب، ثبت عقده دون عقد الأبعد، فإن استويا، صح العقد المبتدأ به، فإن عقدا معاً، أو التبس أي

---

(١) في (ب): نكاحه.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٤.

(٣) سقط من (أ) بامرأة.

العقدين كان أولاً، ابتديء العقد بمن[١] ترضى به المرأة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢] ومروي فيه نحوه عن القاسم - عليه السلام-.

قال أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - هذا إذا كانا زوّجاها بإذنها، وهذا كما قال؛ لأن الهادي إلى الحق - عليه السلام - قال في (الأحكام) [٣]: « إلاَّ أن ترضى المرأة بأحدهما، وتسخط الآخر »، فثبت أن[٤] النكاح بينها وبين من ترضى به، ولا يجب إعادة النكاح، /٥٩/ وهذا قول أبي حنيفة.

ما قلناه من أنَّه لا يجوز إنكاح الأبعد مع الأقرب، وقلنا: إن الوليين المتساويين إذا أنكحاها من رجلين، صح العقد المبتدأ به؛ لما رواه أبو داود في (السنن) [٥] بإسناده، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول منهما، وأيما رجل باع بيعاً من رجلين، فهو للأول منهما »، ولأن أحد الوليين إذا زوجها من رجل بإذنها، ثبت العقد بينها وبينه، وصارت مزوجة، فلم يقع عليها إنكاح الثاني غير عالم بعقد الأول، وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي.

وحكي عن مالك، أنَّه قال: إذا دخل بها الثاني غير عالم بعقد الأول، فهو أولى بها، وإن دخل مع العلم، أو لم يدخل بها، فهي للأول، وهذا الفرق لا معنى له لما بيناه، ولأنه قد وافق أنَّه إن لم يدخل بها [٦]، أو دخل بها مع العلم، فهي للأول، والجهل لا يزيل النكاح الثابت، ولا خلاف أن الأختين لو تزوج الرجل إحداهما بعد الأخرى، ثُمَّ دخل بها غير عالم بالحال، أن النكاح الأول هو الثابت دون الثاني، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أنَّه نكاح فاسد عرض بعد نكاح صحيح، فلم يجب أن يفسد الصَّحيح، ويصح الفاسد؛ للدخول على سبيل الجهل.

---

(١) في (أ): لمن.
(٢) انظر: الأحكام ٣٤٨/١.
(٣) انظر: الأحكام نفس الصفحة.
(٤) في (أ): فثبت النكاح.
(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢٣٧/٢.
(٦) سقط من (أ) بها.

فأما إذا وقع العقدان معاً، أو لم يدر أي العقدين وقع أولاً، وقد كانت المرأة أذنت لكل واحد من الوليين بالإنكاح، فوجه إبطالنا العقدين: أن ثبوتهما ممتنع لا يصح، وليس أحدهما بالبطلان أولى من الآخر، فوجب أن يبطلا جميعاً، كما أن رجلاً لو تزوج أختين في عقد واحد، أو تزوج خمس نسوة في عقد، بطل نكاح الجميع؛ للوجه الذي ذكرناه.

وأما إذا زوجاها بغير إذنها، لم يكن واحد من العقدين ثابتاً، وكانا جميعاً موقوفين، فيثبت ما ترضى به المرأة، وهذا لا يشبه ما قلناه من فساد العقدين إذا كانت قد أذنت لكل واحد منهما، لأنه لا مزية هناك لأحد العقدين على الآخر، والذي ذكرناه أخيراً لأحد العقدين مزية على الآخر، لأن رضا المرأة به يتم العقد، وقد حصل مع أحدهما، وهناك قد حصل رضاها مع كل واحد منهما.

مسألة: في تزويج المرأة غير الكفؤ مع كراهة الأولياء

قال: وليس للمرأة أن تتزوج غير الكفؤ مع [1] كراهة الأولياء، والكفؤ في الدين والنسب جميعاً. وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2]، وقد استقصينا في هذه الجملة الكلام فيما مضى من كتابنا، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في تولي المرأة عقد النكاح، واستشارة الأم

ولا يصح نكاح تعقده المرأة، فإن ملكت امرأة عقدة النكاح بالولاء، أو الملك، وكلت رجلاً بعقده.

ويستحب أن تستشار الأم في إنكاح ابنتها، وإن لم يكن لها من التزويج شيء.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) [3].

أما ما ذهبنا إليه من أنَّه لا يصح نكاح تعقده[4] المرأة، فهو قول الشافعي، وأجاز ذلك أبو حنيفة.

---

(١) سقط من (أ) مع.

(٢) انظر: الأحكام ٣٦٦/١، ولفظه: وإن كرهوا أحداً لم يلزموا ما كرهوا.

(٣) انظر: الأحكام ٣٧٥/١ - ٣٧٦.

(٤) في (أ): بعقد .

والأصل فيه: حديث علي - عليه السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: « أيما امرأة تزوجت بغير ولي، فنكاحها باطل »،

وحديث ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « البغايا اللاتي يزوجن /٦٠/ أنفسهن بغير ولي »، وقد مضى إسنادهما.

وحديث ابن سيرين، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا تُنْكِح المرأةُ المرأةَ، ولا المرأةَ نفسَها »، وفي بعض الحديث « فإن الزانية التي تزوج »، وفي بعضها « التي تُنكح نفسها »، فكل ذلك تصريح بما ذهبنا إليه، وعن ابن عباس: « البغايا اللاتي يتزوجن[1] بغير ولي ».

وحديث عبد الرحمن بن القاسم، عن عائشة، أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها، جارية من بني أختها، فضربت بينهم بستر، ثُمَّ تكلمت حتى إذا لم يبق إلاَّ النكاح، أمرت رجلاً فأنكح، ثُمَّ قالت: ليس إلى النساء النكاح، وقد ذكرنا إسناد هذين الحديثين فيما مضى من كتابنا هذا، ولم يرو خلاف ذلك عن غيرها، فجرى مجرى الإجماع، وأيضاً هو أمر يفتقر إلى الشهود، فوجب أن يكون إمضاؤه لا يجوز للنساء، دليله الحكم.

فإن قيل: فأنتم تجوزون للمرأة إذا ملكت عقد نكاح بالملك أو الولاء أن توكل من يعقده، وهذا يدل على أن لها أن تعقد.

قيل له: لها أن تستنيب فيما لا يصح فعله منها، كالحائض تُحج عن نفسها، وفي الحج الطواف، ولا يصح طوافها لو طافت وهي حائض، والرجل قد يملك غيره بالبضع الذي لا يملكه، على أن العقد إن كان للإنسان، فلا يمنع أن يعقد[2] بنفسه وبغيره، فكان ذلك هو الأصل في عقد النكاح إذا ملكته المرأة؛ لأن لها أن تستوفيه بنفسها وبغيرها، فلما منعها الشرع من استيفائه بنفسها، وجب أن يكون استيفاؤه بغيرها جائزاً على ما كان عليه، فلهذا قلنا: تُولي من يعقد عنها على أمتها ومولاتها.

---

(١) في (أ): تزوجن.

(٢) في (أ): يعقده.

وقلنا: إنَّه يستحب أن تستشار الأم في إنكاح ابنتها تعظيماً لحقها، لقول الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْناً﴾ (العنكبوت:٨)، وقوله تعالى: ﴿أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ﴾ (لقمان:١٤)، ولأن ذلك أقرب إلى الألفة والالتئام، وأذهبُ في طريقة صلة الرحم، وقد ندب الله إليها، وبعث عليها.

باب القول في المهور

مسألة: في ماهية المهر

المهر ما تراضى عليه الزوج والزوجة.

و هذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، والمراد به إذا كان كل واحد منهما بالغاً رشيداً، وهو قول أبي يوسف ومحمد، والشافعي، قال أبو حنيفة: إن كانت رضيت بدون مهر مثلها، فللأولياء أن يمنعوا ذلك.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن المهر حق للمرأة يصح منها الانفراد باستيفائه وبإسقاطه، فوجب ألا يعتبر فيه سخط الأولياء ولا رضاهم، دليله سائر حقوقها من البيع، والإجارة، والشفعة، وغيرها مما يجري مجراها.

فإن قيل: روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنّه قال: « أدوا العلائق، قيل: وما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون »[٢].

قيل له: الأهلون الزوج والزوجة بالدلالة التي مضت.

فإن قيل: فإن الأولياء تلحقهم غضاضة بتقصيرها في المهر، كما يلحقهم في وضعها نفسها في غير كفؤ، فوجب أن يكون لهم المنع منه، كما كان لهم المنع من وضعها نفسها في غير الكفؤ.

قيل له: لسنا نسلم أن التقصير في المهر غضاضة حتى يقال: إنما تلحق الأولياء، يكشف ذلك أنها لو أبرأت زوجها من جميع مهرها بعد استحقاقها إياه، لم يكن فيه غضاضة، بل ذلك منها تفضل وإحسان، وكذلك إذا رضيت في الابتداء بدون مهر

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٨/١.

(٢) أخرجه محمد بن منصور ٥٦/٣، وابن حبان ٥٠٩/٢، والبيهقي ٢٣٩/٧، والدارقطني ٢٤٤/٣، والنسائي في السنن ٢٠٠/١، وابن أبي شيبة ٤٩٢/٣، وكلهم بلفظ أنكحوا الأيامى، ثلاثاً، قالوا – وفي بعضها فقام رجل فقال –: فما العلائق يا رسول الله ؟

/٦٠٦/ مثلها بعد استحقاقها إياه، لم يكن فيه غضاضة، بل تفضل وإحسان، ومما يكشف ذلك: ما رواه أبو داود في (السنن)[1] بإسناده عن عمر أنَّه قال: ألا لا تغالوا بصداق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا، أو تقوى عند الله تعالى، كان أولاكم بها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ما أصدق رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لامرأة من نسائه، ولا امرأة من بناته، أكثر من اثنتي عشرة أوقية.

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -: ما نكح رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - امرأة من نسائه إلاَّ على اثنتي عشرة أوقية[2]. فبان أن المغالاة لا جمال فيها، فوجب أن يكون التقصير لا غضاضة فيه، ألا ترى أن الأكفاء في الدين والنسب، لَمَّا كان في فقدهما غضاضة كلما كان الزوج أرفع حالاً فيهما، كان أتم في الجمال؟

فإن قيل: فإن مهرها قد يعتبر به مهور نسائها من بعدها، فمتى حصل فيه التقصير، لحقهن الضرر، فوجب ألا يجوز ذلك.

قيل له: هذا قائم إذا رضي به الأولياء معها، ولا خلاف في جوازه، على أن المهر الذي يقصر عن مهر المثل لا يعتبر به، ألا ترى أن امرأة لو زاد في مهرها من تزوج بها رغبة فيها أضعافاً مضاعفة، لم يعتبر ذلك في مهور نسائها؟ وكذلك لو أن رجلاً باع سلعة بدون ثمن مثلها، أو فوق ثمن مثلها؛ لغرض من الأغراض، لم يعتبر ذلك في قيمة تلك السلعة إذا استهلكت عليه، فوضح سقوط هذا السؤال، يؤكد ما ذهبنا إليه ما اتفقنا عليه من أن تصرفها في مهرها بالإسقاط وبالاستيفاء والاستهلاك والإخراج له عن ملكها بعوض وغير عوض جائز، فوجب ألا يعتبر فيه رضا الأولياء، وألا يثبت لهم فيه حق.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٤١ وفيه بصُدق النساء، ولا أصدِقت امرأة من بناته.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب المهور . ومن طريقه أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٣/٤٧.

مسألة: في أقل المهر

قال: وأقله عشرة دراهم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [(١)]، وبه قال القاسم، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

وحكي عن مالك أنَّه ما يقطع به السارق، وهو عنده ربع دينار، وقال الشافعي: هو كل ما يصح أن يتمول من قليل أو كثير من غير تقدير.

والدليل على ذلك: حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم، لا يكون النكاح الحلال مثل مهر البغي »[(٢)].

وأخبرنا أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - أخبرنا علي بن محمد بن مهرويه، حدثنا ابن أبي حثمة[(٣)]، حدثنا زكريا بن الحكم، حدثنا ابن المغيرة، عن مبشر بن عبيد، عن حجاج، عن عطاء، وعمرو بن دينار، عن جابر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا يَنكح النساءَ إلاَّ الأكفاء، ولا يزوجهم إلاَّ الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم »[(٤)].

وقد روي عن علي - عليه السلام- هذا القول، وما صح عنه، لم يجز عندنا خلافه.

وعند الشافعي المهر هو: ما جاز أن يكون ثمناً في البيع، أو أجرة في الإجارة، صح أن يكون مهراً، سواء كان كثيراً أو قليلاً.

فإن قيل لنا: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء/٢٤)، وقال: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (النساء/٢٤)، وذلك يقع على القليل والكثير.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٨/١، والمنتخب ١٣٢.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب المهور.

(٣) في (أ): خيثمة.

(٤) أخرجه الدارقطني ٢٤٤/٣، والطبراني في الأوسط ٦/١.

قيل له: لا خلاف بيننا وبينكم في أن العام يُبنى على الخاص، فما ذكرتموه مبني على ما استدللنا به، على أن استدلالنا أولى؛ لأن الخبر ورد في ذكر المقدار وبيانه، وفيه وقع الخلاف، فكان الاستدلال به أولى، على أن اسم المال لا ينطلق من جهة العرف على التافه اليسير، فلو استدللنا بالآية، كنا أسعد.

فإن قيل: قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة/٢٣٧)، فإذا فرض لها خمسة دراهم، لم تستحق بالطلاق قبل الدخول إلاَّ نصفها بظاهر الكتاب.

قيل له: نصف هذا المسمى لا خلاف في استحقاقه، وإنما[1] الخلاف فيما زاد على ذلك، فالزيادة لا ذكر لها في الكتاب، فهي موقوفة على الدلالة، على أنَّه لا يبعد على أصولنا أن نقول إن تسمية الخمسة كَلاَ تسمية، فإذا طلقها قبل الدخول، كان لها المتعة، ونقول: إنها ممن لم يفرض لهن فريضة، فلم يشتمل عليها ظاهر الكتاب، وإن كان أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - خرَّج على المذهب أن من سمى دون عشرة دراهم يبلغ به عشرة، ولا يزاد عليها، فيجب أن يكون المعتمد على هذا الجواب هو الأول.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه زوَّج رجلاً بما معه من القرآن[2].

وروي أن عبد الرحمن بن عوف أخبر رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه تزوج، قال: « ما أصدقتها؟ »، قال: وزن نواة من ذهب، قال: « أولِم ولو بشاة »[3].

وحديث أبي الزبير، عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « من

---

(١) في (ب): وإن.

(٢) أخرجه البخاري ١٩٦٨/٥، وأبو يعلى ٥١٧/١٣، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٧/٣، والطبراني في الكبير ١٨٤/٦.

(٣) أخرجه مسلم ١٠٤٢/٢، والبخاري ٧٢٢/٢، وابن حبان ٤٠٦/٩، والبيهقي ١٤٨/٧.

أعطى في صداق امرأة ملْءَ كفه سويقاً، أو تمراً، فقد استحل »[١].

وروي عنه أنَّه قال: « لا جُناح على امرئ أن يتزوج من ماله بقليل أو كثير إذا أشهد »[٢].

قيل له: أما ما روي أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - زوج رجلاً بما معه من القرآن، فلا دليل في ظاهره، ولا بد فيه من التأويل؛ لأن أحداً لا يقول: إن نفس ما معه من القرآن يكون مهراً، وقد ثبت عندنا أنَّه لا يجوز أن يتناول على التعليم أجرة؛ لأن تعلم القرآن لا يجوز أن يستحق عليه أجرة، لما بيناه في مسألة أخذ الأجرة على الأذان، وتأويله أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - زوجه لذلك، لا أنَّه جعله مهراً، كما أن الرجل الدَّيِّن يُزوَّج لدينه، لا أن الدِين يكون مهراً.

وأما قول عبدالرحمن بن عوف: إني أصدقتها وزن نواة من ذهب، فيجوز أن يكون كان ذلك الذهب عشرة دراهم، وأن تكون النواة التي وزن بها كان وزنها يبلغ ديناراً، ويحتمل أن يكون ذلك /٦٨/ مما قدمه، ولم يكن جميع المهر.

و[أما]حديث جابر: « من أعطى في صداق امرأة ملْءَ[٣] كف من سويق، أو تمر، فقد استحل »، فلا يتناول موضع الخلاف، لأنَّه لا خلاف أن الاستحلال حاصل، فهو الذي تضمنه ظاهر الخبر، والخلاف في جواز الاقتصار به على ذلك القدر، وليس ذلك في الخبر، وهكذا الجواب إذا تعلقوا بما روي « لا جناح على امرئ أن يتزوج من ماله بقليل أو كثير »، [٤] وسائر ما يتعلقون به مما يجري مجراه، فالجواب عنه على الطريقة التي بيناها.

ولا خلاف بيننا وبين الشافعي أن اليد لا تقطع إلاَّ في مقدار من المال، فوجب ألا يملك البضع إلاَّ بمقدار من المال، والعلة أنها استباحة عضو محظور لا يستباح إلاَّ بمال،

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٢٣٦، ومحمد بن منصور في الأمالي ٣/٦٠، والبيهقي ٧/٢٣٨.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/٢٣٩ وابن أبي شيبة ٣/٤٩٣.

(٣) في (ب): مثل.

(٤) في (أ) زيادة لفظها: قلنا: هذا محتمل وقد فسر القليل بعشرة دراهم الخبر الذي رويناه.

على أن الدلالة قد دلت عندنا على أن لا قطع إلا في عشرة دراهم، فوجب أن يكون أقل المهر عشرة دراهم؛ للاعتبار الذي قدمناه.

ويدل على ذلك أنَّه حق لله تعالى وجب ابتداء من غير نذر، ولا استهلاك، فوجب أن يكون له تقدير، كالزكوات، والكفارت؛ ويبين أنَّه حق لله سبحانه وتعالى أن الزوج والزوجة لو تراضيا على أن لا مهر، لم يصح ذلك، ووجب أن يثبت المهر، واعتبارنا أولى من اعتبارهم ذلك بالبيوع والإجارات؛ لأنا قد اعتبرنا ما لله سبحانه فيه حق بما له سبحانه فيه حق، وما لا بد من دخول المال فيه، ولأن اعتبارنا يفيد شرعاً مجدداً، و يستند إلى النصوص القاطعة.

مسألة: في النكاح على دون مهر المثل بغير رضا الزوجة

قال: ولو أن ولياً - أباً كان أو غيره - زوَّج حرمته على دون مهر مثلها بغير رضاها، كان لها مهر مثلها، إلاَّ أن يزوج الأب ابنته الصغيرة، فإن حكمه جائز عليها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

وقول أبي حنيفة في تزويج ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها مثل قولنا، وأباه أبو يوسف، ومحمد، والشافعي.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن البالغة إذا زوَّجها وليها بدون مهر مثلها، أو إذا زوج الصغيرةَ وليها - ما لم يكن الولي الأب - بدون مهر مثلها، أن لها الخيار في فسخ عقدة النكاح عليها؛ لأن المهر ليس بأوكد من عقدة النكاح، فإذا افتقرت عقدة النكاح إلى رضاها، افتقرت عقدة المهر إلى ذلك.

ووجه قولنا: إن الأب إذا زوج ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها، جاز ذلك، أنا قد علمنا أنَّه لو زوَّجها بدون مهر مثلها برضاها وهي بالغة، أجزأ ذلك، فكذلك إذا زوَّجها به وهي صغيرة، دليله عقدة النكاح، لَمَّا كان إذا زوَّجها برضاها وهي بالغة، كان العقد ماضياً، كذلك إذا زوَّجها وهي صغيرة، والمعنى أنَّه عقد يستباح به بضعها.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٦٩.

يبين صحة هذا: أن سائر العقود لا يستباح به بضعها؛ لاستواء الأمر بين أن يعقد عليها وهي صغيرة، وبين أن يعقد عليها برضاها وهي كبيرة، وعقد النكاح لما كان يستباح به بضعها، استوى الأمران فيه، ولا يجب أن يكون سبيل المهر سبيل بيع مالها بدون قيمة مثله؛ لأن القصد بالبيع الثمن، فلم يجز أن يبخسها حظها فيما هو المقصود، وليس المقصد بالنكاح المهر، بل المقصد فيه أن يختار لها موضعاً لا يضع منها، ولا يحصل لها به أذيَّة، يكشف ذلك أن سائر /٦٩/ العقود من البياعات والإجارات لما كان المقصد بها الأعواض، لم يراع فيها حال العاقد، فبان أن المقصود ما سواه، وإنما وجب حصول العوض فيه للتعبد، لا أنَّه المقصود.

وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - زوَّج ابنته فاطمة صلوات الله عليها على صداق خمسمائة درهم، وهي سيدة النساء[١]، وقد علمنا أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يكن ليبخسها حظها، وقد ذكرنا ما روي من قول عمر: ألا لا تغالوا بصداق النساء.

وروي أنَّه قال ذلك في خطبته، فلم ينكر عليه، فبان أن سبيله لو كان سبيل أثمان السلع، لجازت المغالاة فيه، بل يجب ذلك إذا كان للصغيرة أو الصغير ما أمكن، فبان به الفرق بين المهر وبين أثمان السلع.

مسألة: في النكاح مع عدم تسمية المهر

قال: ومن تزوج، أو زوَّج على حكم زائل العقل، كان للمرأة مهر مثلها، وكذلك لو تزوج الرجل المرأة و لم يذكر المهر.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢]، ونص [٣] أيضاً في (المنتخب) [٤] على أن ذلك فيمن تزوج و لم يسم مهراً.

---

(١) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٣/ ٤٧ إلا أنه قال:(على اثنتي عشرة ونصف من فضة)، وهي تساوي خمسمائة درهم.

(٢) انظر: الأحكام ٣٦٩/١.

(٣) في (أ): ونص أصحابنا أيضاً.

(٤) انظر: المنتخب ١٣٠.

ووجه قولنا: فيمن تزوج على حكم زائل العقل أنَّه تزوج[١] بغير مهر، لأنَّه لم يذكر المهر، مجهولاً ولا معلوماً، فوجب أن يكون الواجب فيه مهر المثل، فأما من تزوج من غير ذكر مهر، فلا خلاف بين علماء أهل البيت وغيرهم أن النكاح يصح، ويجب مهر المثل.

والأصل فيه: قول الله عز وجل: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة /٢٣٦)، فنبه على أن عقد[٢] النكاح يصح، وإن لم يكن معه تسمية؛ لأنَّه تعالى نبه على أن الطلاق يقع، وإن لم يكن تسمية مهر، والطلاق لا يقع إلاَّ على نكاح صحيح، قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا طلاق قبل النكاح »[٣]. ولأن النكاح تمليك بضع يتأتى في الحرة، فوجب ألا يكون البدل شرطاً في صحته، دليله الطلاق.

وروى أبو داود في (السنن)[٤] بإسناده، عن عقبة بن عامر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لرجل: « أترضى أن أزوجك فلانة؟ » قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه. فدخل الرجل بها، ولم يفرض لها صداقاً. فدل ذلك على أن النكاح يصح بغير صداق، و[أما] وجوب مهر المثل إن دخل بها، فمما لا خلاف فيه أيضاً.

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «لا يحل فرج بغير مهر»[٥]. وقال الله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (النساء /٢٤)، فأوجب سبحانه إيتاءهن الأجور، ولم يشترط أن يكون سمى أو لم يسم، وقال أيضاً: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء /٤)، وإذا وجب المهر، وجب الرجوع إلى مهر مثلها، لأنَّه هو الأصل في قيم المتلفات، وفي الأروش،

---

(١) في (ب): يتزوج.

(٢) سقط من (أ) عقد.

(٣) أخرجه الحاكم ٢/٢٢٢ والبيهقي ٧/٣١٧ والدارقطني ٤/١٤ وابن ماجة ١/٦٦٠.

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٤٤ .

(٥) (المسند) كتاب النكاح باب المهور، ومن طريقه أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٣/٤٨.

وأجور الإجارات الفاسدة، أنَّه[1] يعتبر في كل منه عوض مثله، فوجب ذلك في المهر أيضاً، وإيجاب النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – المهر في الدخول في النكاح الفاسد أيضاً، يدل على صحة ما قلناه.

مسألة: في جعل ما لا يجوز بيعه أوفعله مهراً

قال: ولو تزوجها على الخمر، أو الخنـــزير، أو على قتل إنسان، أو على حر، أو حرة، أو غير ذلك مما لا يجوز بيعه /٧٠/ وشراؤه، أو على أن يعلمها قرآنا، صح النكاح، وكان للمرأة مهر مثلها.

جميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2]، خلا ما ذكرناه من النكاح على تعليم القرآن، فإنه خُرِّج من منع الهادي – عليه السلام – في كتاب البيوع استحقاق العوض على تعليم القرآن، ومنعه النكاح إلاَّ بعشرة دراهم فصاعدا، والخلاف في هذه الجملة في موضعين:

أحدهما:- إذا تزوجها على مهر فاسد نحو الخنزير والخمر وغيرهما مما لا يتأتى فيه البيع، فإن مالكاً يذهب إلى أن عقد النكاح يكون فاسداً، وقال أبو حنيفة، والشافعي، مثل قولنا.

والأصل فيه: ما ثبت من صحة النكاح المعرى عن المهر، على ما بيناه، فإذا كان عدم المهر لا يوجب فساد النكاح، لم يوجبه فساد المهر؛ لأن فساده ليس أكثر من عدمه أصلاً، لأنَّه لا فصل بين سقوط المهر لترك ذكره، أو سقوطه لفساده.

ويمكن تحرير القياس فيه[3] بأن يقال: لا خلاف أن الخمر، والخنـــزير، والْحُر، لا يجوز أن يكون مهراً، فوجب ألا يفسد النكاح، فإن سمي فيه ما ذكرنا أجمعنا كما أجمعوا عليه من أنَّه لا يفسد، وإن لم يسم فيه مهراً، والمعنى أنَّه عقد النكاح، فوجب

---

(١) كذا في النسخ.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٠٢.

(٣) سقط من (أ) فيه.

ألا يفسد لعدم المهر، فإن قاسوه على البيع بعلة أنَّه يفسد لفساد العوض، لم يصح ذلك؛ لأن البيع لا يثبت إلاَّ بثبوت العوض، فلم يمتنع أن تكون صحته شرطاً في صحة البيع، وليس كذلك النكاح؛ لأنَّه يثبت وإن لم يثبت العوض.

فإن قاسوه على الشغار، قلنا لهم: الشغار فسد من حيث استثني منه ما اقتضاه العقد، وهو بضع كل واحدة منهما على ما بيناه في مسألة الشغار.

ويشهد لما ذهبنا إليه قول الله سبحانه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء/٣) وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور /٣٢) فلم يشترط فيه صحة المهر، وكذلك قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: « لا نكاح إلاَّ بولي وشهود» و لم يشترط فيه صحة المهر.

فإذا ثبت بما بيناه صحة العقد، فلا خلاف أن مهر المثل يجب فيه، وقد ذكرنا ما يوجبه أيضاً في المسألة التي تقدمت هذه.

وأما النكاح على تعليم القرآن، فإن الشافعي يقول فيه: إنَّه جائز، ولا يوجب فيه مهر المثل، ولا نختلف في الجواز، وإنما نختلف في وجوب مهر المثل، والذي يدل على أنَّه لا يجوز أن يكون ذلك مهراً قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: « لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم »، وقوله: « لا مهر دون عشرة دراهم »، وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء /٢٤)، وتعليم القرآن ليس بمال، ولا جارٍ مجرى المال، ويدل على ذلك أن تعليم القرآن لا يجوز أن يستحق عليه العوض، لأنَّه عبادة لا يصح فيها النيابة، ولقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: « من أخذ على تعليم القرآن أجراً، كان حظه »، وقول أمير المؤمنين لرجل: «إني أبغضك؛ لأنك تتغنى في الأذان، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً»، ولا يجوز أن يبغضه إلاَّ لتوقيف عنده في النهي عنه.

وعن أبي بن كعب، قال: علَّمت رجلاً مائة آية من القرآن، فأعطاني قوساً، فرآني رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال: « أتحب أن يُقوِّسك الله تعالى قوساً من نار، اذهب، فردَّها »، وإذا ثبت ذلك، ثبت أنَّه لا /٧١/ يجوز أن يكون مهراً

كسائر ما يفعله من العبادات، فرضاً أو نفلاً، على أنّه إذا ثبت أنّه لا يجوز أن يؤخذ عليه الأجر، فلم يقل أحد مع ذلك إلاّ أنّه لا يجوز أن يكون مهراً.

فإن قيل: روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنّه زوج امرأةً رجلاً، فقال: « زوجتك بما معك من القرآن »، وفي بعض الأخبار: « زوجتكها على أن تعلمها كذا وكذا آية من القرآن ».

قيل له: تأويله عندنا أنّه أراد به إني أزوجك لما معك من القرآن، كما يقال زوجتك لدينك ولشرفك، أو يقال: أزوجك على أن تحسن عشرها، وتتقي الله تعالى فيها، ولا يكون المراد في شيء من ذلك أنّه مهر، ولا خلاف أنّه إذا قال: أتزوجك على طلاق زوجتي فلانة، أنّه لا يكون مهراً، فكذلك إذا تزوجها على تعليم القرآن، والمعنى أن كل واحد منهما مما لا يجوز أن يستحق به المال.

وأما ما روي أن سرية لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - مرت بحي من أحياء العرب قد لدغ سيدهم، فسألوهم: هل فيهم من يرقي، فرقاه بعضهم بفاتحة الكتاب، فعوفي، فأعطوهم ثمانين شاة، فلما قَدِموا على النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- عرَّفوه، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم-: « اضربوا لي معكم بسهم »[1]، وما جرى مجرى هذا من الأخبار، فإن جميعه عندنا على سبيل الهدية والصلة، لا على سبيل الأجرة؛ لما بيناه آنفاً، والإنسان قد يهدَى إليه لدينه وفضله، وإن كان لا يستحق الأجرة على ذلك، فلا وجه لتعلقهم بذلك، وليس لهم أن يتعلقوا بقوله سبحانه: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة/١)، وبقوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: « المؤمنون عند[2] شروطهم »[3]، لأنا نأمره بالوفاء بذلك، ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف في أنّه يكون مهراً، أو لا، واعتبارنا أقوى؛ لأنّه يفيد إثبات حق في مال، ولأن سائر العبادات تشهد لنا.

---

(١) أخرجه البخاري ٢١٦٦/٥ ومسلم ١٧٢٨/٤ وابن حبان ٤٨٠/١٣ والبيهقي ١٢٤/٦ والدارقطني ٦٤/٣ وأبو داود ٢٦٥/٣.

(٢) في (ب): على.

(٣) أخرجه البخاري ٧٩٤/٢ والحاكم ٥٧/٢ والترمذي ٦٣٤/٣ وأبو داود ٣٠٤/٣ والبيهقي ٢٤٨/٧ والدارقطني ٢٨/٣.

مسألة: مهر المطلقة قبل الدخول

قال: فإن طلقها قبل أن يدخل بها، كان لها عليه المتعة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١) في كل من تزوج بغير مهر، ثُمَّ طلق قبل الدخول، ولا متعة عندنا لغير من ذكرنا، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ (البقرة/٢٣٦)، فأوجب(٢) المتعة بحصول الشرطين مع وقوع الطلاق:

أحدهما: ألا يكون لها مهر مسمى، والآخر ألا يكون دخل بها، وهذا صريح ما نذهب إليه.

فإن قال قائل من أصحاب مالك: قوله تعالى عقيب هذا: « حقاً على المحسنين »، يدل على أنَّه استحباب؛ لأنَّه جعله إحساناً، والإحسان يجري مجرى ما يتطوع الإنسان به، أو يتفضل.

قيل له: هذا الذي ذكرتم غير صحيح، وذلك أن قوله: ﴿حَقاً عَلَى الْمُحْسِنِيْنَ﴾ يؤكد إيجابه، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿وَللهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيْلاً﴾ (آلعمران/ ٩٧) اقتضى وجوب الحج، على أن قوله: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾، أمر يقتضي الإيجاب، وقوله: ﴿حَقاً عَلَى الْمُحْسِنِيْنَ﴾ يؤكد الإيجاب.

فإن قيل: لو كان واجباً، لكان مقدراً.

قيل له: لا يجب في كل واجب أن يكون مقدراً؛ لأن النفقات للزوجات والأقارب واجبة، وليست مقدرة(٣) إلاَّ بضرب من الاجتهاد، وهذا الضرب من التقدير فإنا لا /٧٢/ نمتنع منه في المتعة.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٥٥.

(٢) في (أ): وجب.

(٣) في (أ): بمقدرة.

فإن قاسوا الطلاق على الموت على رواية (الأحكام)[1] في أن الزوج إذا مات قبل الدخول بها، و لم يكن فرض لها مهراً، لم يجب لها مهر المثل.

قيل له: فيجب أن يكون للطلاق تأثير في إيجاب أمر سوى التفرق، كالموت، ألا ترى أن الموت يوجب العدة، ولا شيء يوجبه الطلاق في مسألتنا غير المتعة.

ومن استدل من أصحاب الشافعي لإيجاب المتعة لسائر المطلقات على قوله الثاني بقوله تعالى: ﴿وَلِلمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقاً عَلَى الْمُتَّقِيْنَ﴾ (البقرة /٢٤١).

قيل له: لا عموم في الآية في المتاع، لأنها أوجبت متاعاً واحداً، ونحن نوجب لهن النفقة على بعض الوجوه، والسكنى مع النفقة على بعض الوجوه، ونوجب المهر ونصف المهر، ونوجب المتعة على بعض الوجوه، وكل ذلك من المتاع، فأيَّ ذلك أوجبنا، خرجنا من عهدة الآية، على أن الآية لو أوجبت ما ادعوه بعمومها، كانت مخصوصة بالآية التي اعتمدناها؛ لأنها أوجبت المتعة بشرطين، فكان المراد بقوله سبحانه: ﴿وَلِلمُطَلَّقَاتِ﴾ اللواتي طلقن قبل الدخول، وقبل تسمية المهر لهن، ولا خلاف بيننا وبين الشافعي على قوليه جميعاً أن التي سمي لها مهر، وطلقت قبل الدخول بها، لا متعة لها، فوجب ألا تكون المتعة لها وإن كان زوجها دخل بها، والعلة أنها مطلقة تستحق المهر، يؤكد ما ذهبنا إليه أن المتعة بدل للمهر في المسألة التي جعلناها أصلاً، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنها بدل في سائر المواضع، ولا وجه لاجتماع البدل والمبدل، وعند الشافعي تجب المتعة مع المهر، وهذا بدل ومبدل.

مسألة: في جعل المهر مكاتبا أو مدبّرا أو أم ولد

قال: وإن تزوجها على مكاتب، أو مدبر، أو أم ولد، كان للمرأة قيمة ما تزوجها عليه يوم وقعت عقدة النكاح.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2].

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٥٥.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٠٢.

ووجهه: أن هؤلاء للتقويم فيهم مسرح، ألا ترى أن المدبَّر يجوز بيعه عند الشافعي، ويجوز بيعه للضرورة عندنا، فصار المنع من بيعه طريقُهُ الاجتهاد، وكذلك المكاتب إذا عجز، رُدَّ في الرق، ويتأتى فيه البيع والتقويم، وأم الولد أيضاً رأى كثير من أهل البيت - عليهم السلام - جواز بيعها، وهي إحدى الروايتين عن علي - عليه السلام - وإن كنا لا نختار ذلك، فصارت أيضاً ممن حظر بيعها على طريق الاجتهاد، وكذلك إجازة بيعها، فإذا[1] ثبتت هذه الجملة، ثبت[2] أن للتقويم فيها مسرحاً، فأشبه ما يتزوج الرجل به من عبد، أو سلعة، ثُمَّ يتعذر تسليمه بتلف أو غيره، في أن الواجب فيه قيمته[3]، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أنَّه مما للتقويم فيه مسرح، وقد تعذر تسليمه، ولا يلزم عليه الحر والخنزير والخمر؛ لأن بيعها لا يجوز على وجه من الوجوه بين المسلمين، فلم يكن للتقويم فيها مسرح، فوجب فيها الرجوع إلى مهر المثل، ولم يجب في المدبر والمكاتب وأم الولد لما بيناه.

أو يقال: لا خلاف في أن التزويج على العبد أو غيره - إذا لم يعرض ما يمنع من التسليم الصَّحيح فيه - يمنع حكم مهر المثل فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة حصول التزويج بما يصح فيه التمول، ومعنى قولنا: يصح فيه التمول هو ما قدمناه في تأتِّي التقويم، وهذا الاعتبار أولى من اعتبار من رده إلى الحر والخمر والخنزير، وأوجب الرجوع إلى مهر المثل، وذلك أن مهر المثل أدخل في الجهالة من تقويم ما /٧٣/ اختلفنا فيه؛ لأن لاعتبار مهر المثل خصائص ليست للتقويم، ولأن العلم بالتقويم أجلى من العلم بمهر المثل؛ لكثرة البلوى بالتقويم، وقلة البلوى بمهر المثل، وقد علمنا في الاعتبار من أن طريق أحدهما إذا كان أوضح وأقوى، والعلم به أجلى، كان[4] الأولى أن يرجع إليه.

يبين ذلك أنا إذا اعتبرنا مهر المثل نعتبر عادات البلد وأحوالها في نفسها وشبابها

---

(١) في (أ): وإذا.

(٢) في (ب): صح.

(٣) في (أ): القيمة.

(٤) في (أ): فإن.

وحسنها وثيوبتها وبكارتها وفقرها وغناها، وحال نسائها في جميع ذلك، كل ذلك ليكون ما يحكم به أبعد من الجهالة، فإذا ثبت ذلك، وثبت أن التقويم أبعد من الجهالة من مهر المثل للوجوه التي[1] بيناها، كان اعتبارنا أولى.

وأيضاً قد ثبت في أصول الضمانات أن الأولى منها ما كان أبعد من الجهالة، لأنّه لا خلاف أن من استهلك لغيره شيئاً من ذوات القيم، لزمته قيمته؛ لأنَّه أبعد عن الجهالة من طلب المثل.

وقلنا: إن القيمة قيمته يوم عقد النكاح، لأن المرأة إذا استحقت بالعقد قيمتها يومئذ، فيجب[2] أن توفى ما استحقت.

يبين ذلك أنا لو لم نجعلها مستحقة للقيمة حين العقد، كنا جعلنا العقد معرى من المهر، فكان لا معنى للتقويم بعد ذلك، فسبيلها سبيل من تزوجت على مقدار قيمتها من الدراهم في باب الاستحقاق، فوجب ألا تزاد عليه، ولا تنقص منه شيئاً.

مسألة: في تقدير مهر المثل

قال: ونرجع في اعتبار مهر مثلها إلى مهور نسائها من قبل أبيها.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [3]، نحو أخواتها وعماتها وبنات أعمامها، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وحكي عن مالك وعن قوم أن الاعتبار بأمها.

ووجه ما ذهبنا إليه أنها منسوبة إلى أبيها دون أمها، وتشرف بشرف أبيها دون أمها، ألا ترى أن ولد العربي من النبطية عربي، وولد العربية من النبطي نبطي، وقد كان كثير من أهل بيت رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – من أمهات الأولاد، فلم يضع ذلك منهم، ولا من شرفهم، وقد قال الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ﴾ (الأحزاب /٥)، فإذا ثبت أن نسبها من أبيها، كان النسب معتبراً في المهر، ووجب أن يكون الاعتبار بنسائها من قِبَل أبيها، وكل ذلك يوضح ما ذكرناه من أن الاعتبار بأخواتها وعماتها ومن جرى مجراهن، دون أمها وخالاتها.

---

(١) في (ب): الذي.

(٢) في (أ): فوجب.

(٣) انظر: المنتخب ١٣٠.

قال أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في (النصوص): ويعتبر بمثلها في بلدها، لاختلاف المهور باختلاف البلدان، وفي جمالها وثيوبتها وبكارتها وشبابها، وذلك صحيح؛ لأن اعتبار بعض ذلك ليس أولى من اعتبار بعض، فوجب أن يكون الجميع معتبراً.

مسألة: في الزواج على مملوك موصوف

قال: ويكره للرجل أن يتزوج المرأة على مملوك موصوف، فإن فعل، جاز، ووجب للمرأة على الرجل مملوك كما وصف، فإن اختلفا في الصفة، توسط بينهما من يعرف ذلك.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]، ونص فيه على أنَّه إن لم يكن المملوك مضبوطاً بصفة، فلها الوسط من ذلك، وهو قول أبي حنيفة، ووافقنا الشافعي في المملوك الموصوف.

ووجهه: أنا لو أبطلنا هذه التسمية، لزمنا الرجوع إلى مهر مثلها، وقد علمنا أن الجهالة في مهر مثلها أكثر من الجهالة في المملوك الموصوف، على ما بيناه في المسألة التي قبل هذه، فلما كانت الجهالة في مهر المثل أكثر، وكانت في المملوك أقل، وهو المسمى، صار الأخذ به أولى من الرجوع إلى مهر المثل.

ويبين ذلك أن أكثر العلماء، /٧٤/ منهم الشافعي وغيره، ذهبوا إلى جواز السَلم فيه من حيث اعتقدوا أن الجهالة فيه تقل.

والأصل في هذا الباب: أن الجهالة في المهر لا تبطله، بدلالة أنه لو تزوج على غير مهر مثلها، جاز، ولو تزوجها بغير مهر، جاز، وإذا كان كذلك ينظر فيما يجعل مهراً، فإن كانت الجهالة التي فيه دون جهالة مهر المثل، فالمسمى أولى، وإن كانت الجهالة التي في مهر المثل دون جهالة المسمى، فالرجوع إلى مهر المثل أولى، ولهذا الضرب من الاعتبار قلنا: إن المملوك لو لم تضبط صفته، جاز.

وقلنا: إن لها الوسط؛ لأن الأصل في كل ما يتوصل إليه بالاجتهاد من قيم المتلفات

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠٢.

وأروش الجنايات أن يؤخذ بالوسط، لأن الوسط ينتسب إلى الأعلى انتسابه إلى الأدنى، فلا يكون فيه حيف على المحكوم له، والمحكوم عليه.

وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – ما حكاه أبو بكر الجصاص: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها مهر نسائها، لا بوكس، ولا بشطط»، فبين النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أن الرجوع فيه إلى التوسط[1] .

وروى أبو داود في (السنن) عن ابن مسعود في مهر المثل «صداق كصداق نسائها، لا وكس، ولا شطط»[2].

فبان بذلك أجمع صحة ما قلناه من أن لها الوسط من المملوك، ولم يستحب يحيى – عليه السلام – ذلك؛ لما فيه من الجهالة مع الاستغناء عنه لما لا جهالة فيه، إذ لا التباس أن مالا جهالة فيه أدنى إلى قطع الخصومة ورضا المتعاقدين، ولا خلاف في أصول العبادات والحكومات أن ما يغني عن الاجتهاد أولى مما يحوج إليه.

وقلنا: إنَّه يُرجَع إلى من يَعرف ذلك إن اختلفا؛ لأن ذلك هو الأصل في القيم والأروش، وهذا من بابهما.

مسألة: في من تزوج على أمة ثم وطئها

قال: ولو أن رجلاً تزوج امرأة على أمة بعينها، ثُمَّ وطئها قبل أن يسلمها، درئ الحد عنه، فإن جاءت بولد، كانت الزوجة بالخيار، إن شاءت، أخذتها وأخذت ولدها، وإن شاءت، أخذت مهر مثلها، وإن شاءت أخذت قيمتها، وعُقْرَها[3]، وقيمة ولدها، ولم يلحق نسبه نسب أبيه، فإن طلقها قبل الدخول بها، فعليه لها نصف عقرها، والجارية بينه وبينها، وسعى الولد في نصف قيمته، ولا تكون الأمة للرجل أم ولد.

---

(١) في (أ): الوسط.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٤٤ والوكس النقص، والشطط الزيادة.

(٣) العُقْر: بالضم: دية الفرج المغصوب. انظر القاموس المحيط صفحة ٤١٣..

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجه درء الحد عنه: أن الجارية كانت في ضمانه لا على وجه الغصب، بل لوجوب تسليمها عليه بحق العقد، ولأن الزوج قد جُعل له بعض التبسط في مال الزوجة، وليس يبعد أن يوجب عليه الحد لو وطئها عالماً بالتحريم، لأن أصوله - عليه السلام - على هذا تدل، كما قد نص عليه في (الأحكام)[2]، على أن من قال لآخر أبحت لك[3] فرج جاريتي هذه، فوطئها عالماً بالتحريم، لزمه الحد، وإن وطئها غير عالم بالتحريم، درئ عنه الحد، وذلك أن درء الحد للشبهة، فإذا ارتفعت الشبهة، لم يجب درؤه.

وقلنا: إنها إن شاءت، أخذتها، وأخذت ولدها؛ لأن ما عرض فيها من الولاد عيب ونقص، ولها - أعني الزوجة - أن ترضى بالعيب، وتأخذ، كما أنها لو وجدت فيها عيباً آخر، كان لها أن ترضى بها معيبة، وكما أن رجلاً لو اشترى سلعة، ثُمَّ وجد بها عيباً قبل القبض أو بعده، كان له الرضا بالعيب وأخذ السلعة.

وقلنا: إنها إن شاءت، أخذت مهر مثلها دونهما، لأن[4] لها أن تفسخ عقدة المهر بالعيب /٧٥/ الحادث في المهر قبل القبض إذا كان العيب الحادث من قِبَل الزوج، كما أن رجلاً لو اشترى عبداً، ثُمَّ حدث فيه عيب قبل القبض، كان له فسخ البيع، وردُّ المعيب، فكذلك المهر إذا ظهر به[5] قبل القبض، فللمرأة فسخه، وإذا فسخته، تعرى عقدة النكاح عن المهر، فوجب لها مهر المثل، كما أنَّه لو ابتدأ عليها عقد النكاح بغير مهر، لزمه لها مهر المثل.

قال أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى -: وطؤه لها جارٍ مجرى نقض المهر، فإن أجازت المرأة، انتقض المهر، ووجب مهر المثل، فكأنه جعل ذلك وجه جواز رجوعها إلى مهر المثل.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٠٣/١ وفيه: وسعى الولد لها في نصف قيمته.

(٢) انظر: الأحكام ٤٠٠/١.

(٣) في (أ): قد أبحت لك جاريتي هذه.

(٤) في (ب): كما أن.

(٥) في (أ): فيه.

وقلنا: إنها إن شاءت، أخذت قيمتها، وقيمة ولدها؛ لأن القيمة إذا كانت فوق مهر المثل، فلا وجه لأن تنقص المرأة عنه لجناية كانت من الزوج، ولأن التراضي كان عليها، فلا وجه للحط، ولأن المسمى أولى من مهر المثل، لما تقدم بيانه، وأوجبنا قيمة الولد مع قيمة الأم، لأن الولد تبع لها.

وقلنا: إن نسبه لا يلحق بنسب أبيه؛ لأن الواطئ وطئ مَن ليست ملكاً له، ولا في حكم الملك، فأشبه وطء المغصوبة، ولا يجب إثبات النسب من حيث درئنا الحد، لأن الحد يُدرأ للشبهة، والنسب لا يثبت للشبهة.

وقلنا: إن طلقها قبل الدخول بها، فعليه نصف عُقْرها، وهي بينهما، ويسعى لها الولد في نصف قيمته، لأن العقر والولد بمنـــزلة الأرش، فيجب أن يكون بينهما، وكالزيادة المتصلة؛ لأنها لو زادت في الطول والعرض والسِمن، كانت الزيادة بينهما، وكذلك الزيادة المنفصلة؛ لأنها زيادة حدثت منها وهي مهر.

وقلنا: يسعى الولد في نصف قيمته؛ لأنَّه لما ملكه الواطئ الأمةَ مع ادعائه إياه، وجب أن يعتق نصفه، كالعبد بين رجلين يقر أحدهما بعتق نصيبه؛ لأن ادعاءه أنَّه ابنه يتضمن الحرية، فثبتت الحرية إذا ملكه المدعي، وإن لم يثبت النسب، كما أن رجلاً لو شهد على عبد غيره بالحرية، ثُمَّ ملكه، وجب الحكم بحريته.

وقلنا: إن الأمة لا تكون أم ولد للرجل؛ لأن النسب لم يثبت للولد حكماً، فلم يجب أن تصير أمه أم ولد، وإن وجبت حرية الولد بتضمن إدعاء الواطئ لأمه حريته.

مسألة: في الجارية أو الدابة تكون مهراً فتنتج

قال: ولو أن رجلاً تزوج امرأة على جارية، أو حِجر، أو ناقة، فولدت الجارية، أو نتجت[١] الحجْر[٢] والناقة، فإنها تأخذها وولدها، فإن مات ولدها قبل أن تقبضها، وأحبت أن تَأخذ الجارية بنقصانها، أو الدابة، فذلك لها، وإن شاءت ردتها، وأخذت قيمتها يوم وقع النكاح.

---

(١) في (ب): أنتجت.

(٢) الأنثى من الخيل.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١].

قلنا: إنها إن ولدت قبل أن تقبضها، استحقت المرأة الولد مع الأم؛ لأنَّه لا خلاف فيه، وكذلك في البيع، ولأن الأم ملك لها، فوجب أن يكون ما ولدته ملكاً لها أيضاً كالأم، كما نقول ذلك في سائر المواضع.

وقلنا: إن مات الولد قبل القبض، فلها الخيار بين أن تقبض الأم بنقصانها، وبين أن تأخذ قيمتها؛ لأن لها الخيار بين الرضا بالعيب، وبين ألا ترضى، فإن لم ترضَ، وأرادت القيمة، كانت القيمة قيمتها يوم عقد النكاح، لما بيناه من قبل أنها استحقت يوم العقد مقدار قيمتها، وأن ذلك جرى مجرى تسميتها، فكذلك لو استحقت، كانت القيمة أولى من مهر المثل.

مسألة: في تلف المهر قبل التسليم

قال: وإن ماتت الجارية، أو الدابة، كانت لها قيمتها يوم وقع النكاح إن كان الإبطاء بالتسليم من قِبَل الزوج، وإن كان من قِبَل الزوجة، فلها قيمتها يوم ماتت.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢].

ووجهه أنَّه إذا أبطأ بالتسليم، وكان الامتناع من جهته، كان حكمه حكم الغاصب في أنَّه يضمن قيمة /٧٦/ المغصوب يوم اغتصبه.

وأما إذا كانت هي الممتنعة من قبضها، فقد رضيت أن تكون في يد الزوج، كالرهن برضا الراهن أن تكون في يد المرتهن، فيتحقق الضمان عليه عند التلف، فيجب قيمته عليه يوم تلف[٣] عنده، فكذلك المهر إذا امتنعت المرأة من تسليمه.

مسألة: في المهر إذا استُحق

قال: ولو تزوجها على نخل، أو أرض، أو حيوان، أو غير ذلك، ثُمَّ استُحق، فللمرأة قيمة المستحَق يوم تزوجها عليه.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٠٣/١.

(٢) انظر الأحكام ٣٧٢/١.

(٣) في (أ): لو تلف.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وما بيناه في مسألة من تزوج امرأة على مكاتب، أو مدبر، هو وجه هذه المسألة، فلا طائل في إعادته، على أن الكلام في هذا الموضع أوضح مما مضى؛ لأن هذا مما كان يجوز أن تلحقه إجازة من له الملك، فلا يجب فساده، وليس كذلك المكاتب والمدبر.

مسألة: في الولي يجعل لنفسه شيئاً من المهر

قال: ولو أن ولياً زوَّج حرمته على مهر معلوم، وجعل لنفسه شيئاً مسمى، كان ما جعله لنفسه مهراً للمرأة، إن أحبت، استوفته، وإن أحبت، سلمته للولي.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢].

قال الشافعي: يبطل المهر، وترجع إلى مهر مثلها.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنَّه جعل المسمى للمرأة والمسمى لوليها عوضاً لبضعها، فوجب أن يكون الجميع مهراً، كما لو قال: تزوجتها على ألف درهم ومائة دينار، أو على عبد وثوب، أو على ألف معجَّل وألف مؤجَّل، وجب أن يكون الجميع مهراً، لأنَّه جعل الجميع عوضاً للبضع، فكذلك ما اختلفنا فيه، على أن الشافعي يدعي أن الفساد عرض فيه لاشتراط بعضه[٣] لوليها، فوجب أن يبطل، فيقال له: قد علمنا أن الشرط الفاسد لا يفسد النكاح إذا انطوى العقد عليه، كأن يشترط أن لا مهر لها، أو ألا يخرجها من مِصرها، أو أن تكون نفقته عليها، فلما كانت الشروط فاسدة، لم يبطل النكاح، ووجب ألا يبطل ما هو العوض على البضع، على أن أكثر ما فيها أن يعرض الفساد في المهر المسمى، وهذا لا يوجب الرجوع إلى مهر المثل إذا أمكن الرجوع إلى المسمى، وقد بينا فيما تقدم أن الرجوع إلى المسمى أولى من الرجوع إلى مهر المثل، لأن الجهالة في مهر المثل أكثر من الجهالة في المسمى، وقد ثبت فيما تقدم أن المستهلكات لا خلاف في أنَّها على ضربين: ضرب يرجع إلى قيمته إذا كان

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٢/١.
(٢) انظر: الأحكام ٣٥٨/١.
(٣) في (ب): بعضها.

الرجوع إلى القيمة أبعد من الجهالة، وضرب يرجع إلى مثله إذا كان الرجوع إلى مثله أبعد من الجهالة، وأن مهر المثل أدخل في الجهالة من المسمى، فما أمكن الرجوع إلى مسماه[١]، فهو أولى، على أن أحد قولي الشافعي: من تزوج على عبد، فوجده حراً، فعليه قيمته، وقال فيمن تزوج على شيء بعينه، فتلف قبل التسليم: إن على الزوج القيمة، و لم يوجب الرجوع إلى مهر المثل، فكل ذلك يبين على أصله أن فساد المسمى في كل حال لا يوجب الرجوع إلى مهر المثل، وإن وجب ذلك على بعض الوجوه، على أن الشافعي يقول: إن المهر هو المسمى لها دون ما شرط للولي، فلا وجه لإفساد المهر بفساد ما ليس منه بسبيل.

ويؤكد ما ذهبنا إليه قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أدوا العلائق». قيل: وما العلائق؟ قال: «ما تراضى به الأهلون»، وفي مسألتنا هذه قد رضي[٢] الأهلون بالمسمى، فوجب أداؤه.

وبقوله: «المؤمنون على[٣] شروطهم»، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة /١).

وروى أبو داود في (السنن)[٤] بإسناده عن عقبة بن عامر، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: «أحق الشروط أن توافوا به ما استحللتم به[٥] الفروج».

فإن قيل: فهذه الظواهر توجب أن يكون أحد المسمين للولي، وذلك خلاف مذهبكم.

قيل له: ذلك مخصوص بالإجماع؛ إذ لم /٧٧/ يقل أحد إن الولي يستحق ذلك، فسقط، وإذا سقط ذلك، وجب الوفاء بالمسميين، ووجب أن يكونا جميعاً للمرأة.

وحكى ابن أبي هريرة في (التعليق) عن الشافعي أنَّه قال في (الأم): إنَّه إن تزوجها

---

(١) في (أ): المسمى.

(٢) في (أ): تراضي.

(٣) في (أ): عند.

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٥٠.

(٥) في (أ) من الفروج.

على ألفين على أن يعطي أباها ألفا، كان ذلك جائزاً، وكان الألفان مهراً لها، وهذا يمكن أن يجعل أصلاً يقاس عليه ما اختلفنا فيه، ويمكن أن يعترض به على جميع ما استُدل من جهة فساد المهر إذا تزوجها على ألف وعلى أن لأبيها ألفاً، وتحرير القياس أن يقال: قد أجمعنا على أنه إذا تزوجها على ألفين، على أن يعطي أباها ألفاً، صح المهر، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أن الألفين جُعلا عوضاً للبضع، فوجب ألا يفسد لاشتراط بعضه لوليها.

مسألة: في الرجل يُظهر للمرأة أكثر من المسمى

قال: ولو أن رجلاً تزوج امرأة على مهر معلوم، وأظهر لها فوق ذلك، لزمه ما أظهر، إلاّ أن يقيم البينة على ما أسر، فإن لم يقم بينة، فعلى المرأة اليمين.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1] ومروي فيه عن القاسم - عليه السلام -.

ومعنى قولنا: إنَّه يلزمه ما أظهر: إنَّما هو في ظاهر الحكم، فأما فيما بينهما وبين الله تعالى، فعليهما أن يتصادقا، والمهر هو مهر السر فيما بينهما وبين الله تعالى؛ لأن النكاح انعقد عليه، والزائد تسمية لا حكم له، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

ووجهه: أن الذي أُظهر من المهر قد ثبت، فإذا ادعى الزوج أن بعض الثابت لا حكم له، وأنكرته المرأة، صار الزوج مدعياً، والمرأة منكرة، فوجبت البينة على الزوج، واليمين على المرأة؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « البينة على المدعي، واليمين على[2] المنكر ».

فإن قيل: ألستم قد قلتم في قِيم المتلفات إذا اختلف فيها الْمُتلِف ورب الشيء: إن البينة على مدعي الأكثر، واليمين على المنكر، فكيف جعلتم البينة في هذه المسألة على الزوج وعلى أن المرأة هي التي تدعي الأكثر؟

قيل له: ليس الاعتبار في هذا الباب بالقلة والكثرة، وإنما الاعتبار بالدعوى

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٥٤.

(٢) في (أ): المدعى عليه.

والإنكار، والمدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر، والمنكر هو المستصحب للظاهر، والبينة أبداً على المدعي، واليمين على المنكر المدعَى عليه، ألا ترى أن رجلاً لو أقر لرجل بألف درهم، ثُمَّ ادعى بعد ذلك أنَّه قد أبرأه المقر له من خمسمائة درهم، كانت اليمين يمين المدعي للأكثر؛ لأنَّه هو المنكر في الحقيقة، والمستصحب لظاهر الإقرار، فكذلك في مسألتنا هذه.

مسألة: في وكيل النكاح يزيد على المهر أو ينقص

قال: ولو أن رجلاً قال لرجل: زوجني فلانة بألف درهم، فزوجه إياها بألفين، وأجاز ذلك الرجل، جاز، وإن لم يُجزْ، بطل، وإن قال: أرضى بالعقد، ولا أرضى من المهر إلاَّ بألف، عرض ذلك على المرأة، فإن رضيت، ثبت النكاح، وإن أبت، انفسخ.

ولو أن رجلاً وكل وكيلاً بتزويج[1] حرمته على ما يرى من المهر، فزوجها على دون مهر مثلها بما يتغابن بمثله الناس، جاز، وإن كان مما لا يتغابن في مثله الناس، كان لها مهر مثلها، فإن أحب الزوج، وفّاها، وإن أحب، فارقها، ولها نصف ما سمى لها، وإن زوّجها على أكثر من مهر مثلها، جاز.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجه مسألتنا الأولى: أن الرجل لما قال لوكيله: زوجني فلانة على ألف درهم، فزوجه إياها بألفين، كان العقد الواقع غير ما أمر به الموكِل، فوجب أن لا ينبرم، وإن توقف على إجازته، فكذلك قلنا: إنَّه إن أجاز، جاز، وإن لم يُجز، بطل، فإن قال: رضيت بالعقد دون المهر، لا يكون أيضاً العقد على جهته، فلم يجب أن ينبرم، ولم يخرج من أن يكون موقوفاً على رضا المرأة، ألا ترى أنَّه رضي بغير ما وقفت المرأة عليه، فجرى ذلك مجرى أن يقول: أجزت العقد بشرط أن /٧٨/ ترضى المرأة بألف، فلم يجب أن تكون إجازته مطلقة، فلذلك قلنا: إنها إن رضيت، ثبت النكاح، فإن أبت، انفسخ النكاح.

---

(١) في (أ): بتزوج.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٠٣، ٣٧٣، ٣٧٤.

ووجه المسألة الثانية: أن وكيل ولي المرأة إذا زوج بما يتغابن في مثله الناس من مهر مثلها، لم يكن عليه معترض؛ لأنَّه يكون فعل ما وكل به، وما وقع فيه من التقصير في حكم ما لم يقع.

فأما إذا زوَّجها بدون مهر مثلها بما لا يتغابن بمثله الناس، فالعقد ثابت بينه وبين الزوج، وإنما يقع للمرأة الخيار بين أن ترضى[1]، أو تطالب بكمال مهرها، فإن امتنع الزوج من ذلك، طلقها، ولزمه لها نصف المسمى؛ لأنَّه طلاق وارد قبل الدخول مع التسمية، فوجب نصف المسمى.

فأما إن كان زوَّجها على أكثر من مهر مثلها، فهو جائز؛ لأن العقد وقع على زيادة رضي بها الزوج.

مسألة: في جعل عتق الأمة مهرها

قال: ولا بأس أن يجعل الرجل عتق أمته مهرها ويتزوجها عليه، فإذا أراد ذلك، فليراضها على ذلك، فإن رضيت، قال: قد جعلت عتقك مهرك، فأنت على ذلك حرة لوجه الله تعالى، ويُشهد على ذلك تأكيداً، فإن أبت الأمة أن تتزوجه بعد ذلك، لزمتها قيمتها تسعى فيها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]، وقال الشافعي، وأبو حنيفة، ومحمد: يجب لها المهر إن تزوجته بعد ذلك.

والأصل فيه: ما أخبرنا به محمد بن عثمان النقاش، حدثنا الناصر للحق الحسن بن علي، عن محمد بن منصور، عن[3] راشد، عن نصر، عن إسرائيل، عن أبان، عن ابن عياش، عن أنس، قال: أعتق رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - صفية، وجعل عتقها صداقها[4].

---

(١) في (أ): ترضى به.

(٢) انظر: الأحكام ٣٦٩ - ٣٧٠.

(٣) في (ب): بن. وهو وهم.

(٤) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٣/٥١ عن محمد، عن محمد بن جميل، عن نصر، به.

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا محمد بن خزيمة، حدثنا مسلم بن إبراهيم، حدثنا أبان، وحماد بن زيد، قالا: حدثنا شعيب بن الحبحاب، عن أنس، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أعتق صفية وجعل عتقها صداقها(١).

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا أحمد بن دواد، حدثنا يعقوب بن حميد، حدثنا سليمان بن حرب، حدثنا حماد بن زيد، عن أبي عون، قال: كتب إليّ نافع أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أخذ جويرية في غزوة بني المصطلق، فأعتقها، وتزوجها، وجعل عتقها صداقها، أخبرني بذلك عبدالله بن عمر، وكان في الجيش(٢).

فإن قيل: روي عن عائشة أنها قالت: إن جويرية بنت الحارث كانت وقعت في سهم لثابت بن قيس، أو لابن عمر(٣)، فكاتبته، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - تستعين به على كتابتها، قالت فقال لها: « فهل في خير من ذلك؟ [قالت: وما هو؟ قال:] أقضي عنك كتابتك، وأتزوجك؟ » قالت: نعم. قال: « قد فعلت »(٤)، فدل ذلك على تزوجه إياها - صلى الله عليه وآله وسلم - بعد عتقها.

قيل له: ليس في الحديث أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - أدى كتابتها حتى عتقت، ثُمَّ تزوجها، وإنما فيه أنَّه عرض ذلك عليها، ويجوز أن يكون الأمر لم يتم في ذلك حتى ملكها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ثُمَّ أعتقها، وجعل عتقها صداقها، ليكون ذلك جمعاً بين الخبرين، على أن عائشة ذكرت أنها كانت في سهم لثابت، أو لابن عمر، فلم تكن عرفت القصة على التحقيق، على أن جويرية إن كانت في سهم ابن عمر، فهو لا شك أعرف بحقيقة الأمر من عائشة، فيجب أن يحمل قول عائشة على قول ابن عمر وروايته.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢٠.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٢٠ وفيه عن ابن عون.

(٣) كذا في النسخ.

(٤) أخرجه ابن حبان ٩/٣٦٢ والحاكم ٤/٢٨ وأبو داود ٤/٢٢ والطحاوي ٣/٢١ وفيها: لثابت بن قيس أو لابن عمه، وكذا: أو ما خير من ذلك؟

فإن قيل: فيحتمل أن يكون ذلك للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لأنَّه كان جائزاً له /٧٩/ أن يتزوج بغير صداق، وذلك غير جائز لنا.

قيل له: ليس في الحديث أنَّه تزوجها بغير صداق، وإنما فيه أنَّه جعل عتقها صداقها، فهو إذاً لم يتزوجها إلاَّ بالصداق، وإنما جعل عتقها صداقها، وذلك مما لا حجة لكم فيه.

ومما يدل على ذلك أنَّه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة ومحمد أنَّه لو راضاها على ذلك، ثُمَّ أعتقها، فامتنعت من أن يتزوجها، أن له عليها قيمتها تسعى فيها، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن هذا العتق قد ألزمها مالاً، فغير ممتنع أن يتزوجها على ذلك المال، ألا ترى أنَّه لو أعتقها على ألف، كان له أن يتزوجها بذلك الألف؟ فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أنَّه تزوجها على مال موجِب للعتق، وليس قولنا في صفة المال إنَّه موجَب بالعتق؛ لأنَّه من صفات العلة، بل لبيان جهة المال، وإلا فالعلة أنَّه تزوجها على مال، فليس لأحد أن يدعي علينا أنا زدنا في العلة وصفاً لا يؤثر.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون سبيله سبيل نكاح الشغار؟

قيل له: لا يشبه ذلك نكاح الشغار من وجه، وذلك أن نكاح الشغار يقع عقده فاسداً؛ لأن فيه استثناء بعض ما أوجبه العقد على ما سلف القول فيه، ولا خلاف أن العقد الذي ذكرناه يصح، وإنما الخلاف في إيجاب مهر آخر سوى ما لزمها من القيمة، على أن نكاح الشغار ليس فيه إيجاب[1] مال، وقد بينا أن ما اختلفنا فيه مال به انعقد النكاح.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون ما لزمها من ذلك لا يجوز أن يُجعل صداقها، لأنَّه قيمتها، وهي مجهولة؟

قيل له: قد يجوز أن تكون قيمتها معلومة لهما جميعاً، فسقط هذا السؤال، على أنها وإن كانت مجهولة، فلا يبعد[2] أن يكون مهراً؛ لأن دخول الجهالة في المهر لا تبطله،

(١) في (ب): إيجاب بمال.

(٢) في (ب): يفسد.

ألا ترى أنَّه لو تزوجها على وصفٍ موصوف، أو غير موصوف، جاز ذلك، و لم يجب الرجوع إلى مهر المثل، وقد بينا فيما تقدم أن من تزوج على مكاتب، أو مُدَّبر، أو أم ولد، وجب الرجوع إلى قيمتهم دون مهر المثل، والأصول تشهد لصحة ما ذهبنا إليه، وذلك أنَّه لا خلاف أن من تزوج امرأة على سكنى دار مدة، أو خدمة عبد مدة، جاز ذلك؛ لتعلق جميع ذلك بضمان ما هو مال، وقد حكي عن زفر أنَّه قال: إن امتنعت أن تتزوجه بعد ذلك، لم تضمن شيئاً، ووجه ما ذهبنا إليه أنَّه اعتقها برضاها على بدل اشترطه عليها، فلما امتنعت من البدل، لزمتها[1] قيمة ما أفاتته من ملكه، دليله لو أفاتته غير ذلك من ملكه.

مسألة: في زواج الأمة على عتقها قبل مراضاتها

قال: ولو أنَّه قال: قد أعتقتك قبل مراضاها، وقوله لها: قد جعلت عتقك مهرك، ثُمَّ أبت المرأة أن تتزوجه، لم يكن عليها شيء.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: أنَّه أعتقها من غير أن يشترط عليها بدلاً من عتقها، فوقع العتق، فلم يكن له عليها سبيل، كما أنَّه لو أعتقها من غير هذا الحديث عتقاً مطلقاً، لم يكن له عليها سبيل.

مسألة: في المرأة تهب مهرها لزوجها قبل الدخول

قال: ولو أن رجلاً تزوج امرأة على مملوك، فقبضته منه، ثُمَّ وهبته له قبل أن يدخل بها على سبيل صلة الرحم إن كان بينهما، أو كانت الهبة لوجه الله تعالى، ثُمَّ /٨٠/ طلقها قبل أن يدخل بها، لم يكن لها أن ترجع عليه فيما وهبته، وكان له أن يرجع عليها بنصف قيمة العبد، وإن كانت وهبته له استعطافاً له، واستمالة لقلبه، كان لها أن ترجع عليه بالعبد، وله أن يرجع عليها بنصف قيمته.

---

(١) في (أ): لزمها.

(٢) انظر: الأحكام ٣٦٩، ٣٧٠.

وهكذا القول لو تزوجها على عين[1]، أو وَرِقٍ، أو غيرهما.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2].

أما الكلام في أحكام الهبات وما يجوز الرجوع فيها، ومالا يجوز، فسيأتي في كتاب الهبات إن شاء الله تعالى.

ووجه قولنا: إنها لو وهبت[3] مستميلة لقلبه، جاز لها الرجوع فيها؛ لأن هذه هبة على ما يجري مجرى العوض، فإذا فقدت العوض، جاز لها الرجوع فيها، كما لو وهب واهب على عوض معين، جاز له الرجوع فيها متى لم يصل إلى العوض.

ووجه قولنا: إن الزوج يرجع عليها بنصف قيمة العبد: أن الطلاق يوم وقع لم يكن العبد في ملك المرأة، وكان في حكم المستهلكات، لأنها تملكه بالرجوع وإجابة الزوج، أو حكم الحاكم، فإذا كان كذلك، لم يستحق الزوج عليها إلاَّ نصف قيمته؛ لأن سبيلها سبيل من أخذ العبد، ثُمَّ استهلكه، ثُمَّ طلقها الزوج قبل الدخول، في أنَّه لا يرجع عليها إلاَّ بنصف قيمة العبد، ورجوع العبد عليها بعد ذلك لا يغير حكم استحقاق الزوج لما استحقه، وكذلك الهبة إن كانت هبة لا يجوز الرجوع فيها يجب للزوج نصف قيمة العبد لكون العبد مستهلكاً.

قال أبو حنيفة: لا يرجع عليها بشيء؛ لأن ما استحقه قد رجع إليه بغير ضمان، وهذا غير مسلم، لأن ما استحقه الزوج في تلك الحال نصف قيمة العبد دون العبد على ما بيناه، على أنَّه لا يخالف أن ذلك لو كان ذهباً أو وَرِقاً، رجع عليها بنصف ذلك، فكذلك ما سواهما، والعلة أنَّه نصف ما قام مقام المهر، على أن رجوع ذلك إليه من غير ضمان لا معتبر به إذا لم يرجع إليه من الجهة التي استحق.

فأما إن كان العبد قائماً بعينه على ما كان عليه يوم قبضه، فالمذهب يقتضي أن يكون بين الزوج والزوجة نصفين، وكذلك إن كان ما تزوجها عليه عيناً، أو وَرِقاً،

---

(١) في (ب): غيره.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٦٩، ٣٧٠.

(٣) في (أ): وهبته.

أو غيرهما، ثُمَّ طلقها قبل الدخول، والأصل في جميع ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ..الآية﴾ (البقرة/ ٢٣٧).

مسألة: في الشرط في النكاح

قال: فإن تزوجها على أن يكون المهر عليها، كان الشرط فاسداً، وللمرأة على الرجل مهر مثلها، وكذلك لو تزوجها على ألا يخرجها من مصرها، أو من قرب والديها، أو على أن يكون الجماع بيدها، أو الطلاق، كان ذلك كله فاسداً، فإن كانت نقصت من أجل ذلك الشرط شيئاً من مهرها، كان لها مهر مثلها متى لم يفِ الزوج بما شرط لها تخريجاً، وكذلك لو شرط الزوج لنفسه عليها ألا ينفق عليها، أو تنفق هي عليه، لم يلزمها الوفاء له به.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1]، خلا ما ذكرناه من التخريج فإنه مخرج على ما نص عليه في (المنتخب)[2] فيمن باع وشرط شرطاً ثبت البيع دونه، إذا نقص من الثمن شيئاً للشرط، كان له الرجوع فيما نقص متى لم يقع الوفاء بالشرط.

ووجه قولنا: إن الرجل إذا تزوج على أن يكون المهر على المرأة، فسد الشرط، ووجب لها مهر المثل؛ لأن بضع المرأة هو الذي يملك عليها، فلا /٨١/ يجوز أن يلزمها العوض، فوجب فساد هذا الشرط، ولم يفسد النكاح؛ لأن الأصل في الشروط الفاسدة أنها لا تفسخ النكاح إذا لم تقتضِ وقوع العقد على غير وجه الصحة، وكان الشرط منفرداً عن العقد.

وأوجبنا فيه مهر المثل؛ لأنَّه نكاح بعقد بغير مهر، وقد مضى الكلام في أن النكاح المعقود على غير مهر يجب فيه مهر المثل، فلا وجه لإعادته، وكذلك سائر الشروط التي ذكرناها لا تثبت، لأنها لا يقتضيها العقد، وتقع منفردة عن العقد، فلا يجب الوفاء بها.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٦/١، ٣٥٨، ٣٥٩.

(٢) انظر: المنتخب ١٩٤ - ١٩٥.

ووجه قولنا: إنها إن كانت نقصت من أجل ذلك الشرط شيئاً من مهر مثلها، كان لها مهر مثلها، إذا لم يَفِ الزوج بتلك الشروط؛ لأنَّه شرط منفعة مع المسمى من المهر، فكانت المنفعة المشروطة جارية مجرى تمام مهر مثلها، ولم يلزم الزوج تسليمها؛ لأنها ليست مهراً صحيحاً، فلما كان ذلك كذلك، ولم يفِ الزوج لها بذلك، وجب أن تبلغ بالمسمى مهر المثل؛ إذ لا بد مما يقوم مقام المنفعة المشروطة، كما أنَّه لو تزوجها على مسمى دون مهر مثلها وعبد، فوجد العبد حراً، أنه لا بد لها مما يقوم مقام العبد المشروط؛ لأنها لم ترضَ بدون مهر مثلها إلاَّ مع المنفعة المشروطة لها، يكشف ذلك أن من باع عبداً بثمن، لا يلزمه تسليم العبد إلاَّ بعد استيفاء ماهو عوض للعبد، فكذلك المرأة لا يلزمها تسليم بضعها إلاَّ بعد استيفاء ما هو عوض له، وكمال عوضه هو مهر مثلها، أو المسمى مع المنفعة المشروطة لها، فوضح ما بيناه أن الزوج متى لم يَفِ لها بالمنفعة المشروطة التي كان المهر مقصراً لأجلها عن كمال مهر المثل، لزمه تبليغ مهر مثلها.

فإن قيل: أليس لو تزوجها على هذه المنفعة من غير مسمى أوجبتم لها مهر المثل، وإن وفى بالشرط، فما أنكرتم على من قال لكم: إنَّه لا بد لها من كمال مهر مثلها، وإن وفى الزوج بالشرط؟

قيل له: قلنا ذلك في الموضع الذي سألتم عنه؛ لأنَّه ليس هناك ما يجوز أن يكون مهراً على وجه من الوجوه، وقد ثبت أنَّه لا بد في النكاح من المهر، فكذلك أوجبنا لها مهر المثل، وفي مسألتنا هذه قد سمى[1] لها ما يجوز أن يكون مهراً في الشرع، ورضيت المرأة بكمال مهر مثلها بما شرطت، وكمالها حق يتجرد[2]، فوجب أن يكون رضاها محكوماً به، ولم يكن كذلك فيما سألتم عنه؛ لأن ابتداء المهر وإن كان لها فيه حق[3]، فإنه ليس بحق لها مجرد، بل هو حق الله[4] تعالى، فلم يكن رضاها بإسقاطه محكوماً به.

---

(١) في (ب): يسمى.

(٢) في (أ): يتجدد.

(٣) في (ب): جزء.

(٤) في (أ): لله.

مسألة: في الزوجين إذا أسلم أحدهما

وإذا كان الذمي تحته ذمية، فأيهما أسلم قبل صاحبه، وقعت الفرقة، وللمرأة المهر كملاً إن كان الزوج دخل بها، أو نصف المهر إن لم يكن دخل بها.

قد[1] نص في (الأحكام)[2] على ما ذكرناه من إيجاب المهر كملاً بعد الدخول، أيهما أسلم قبل صاحبه، ونص فيه على أن الرجل إذا أسلم قبل الدخول، ولم تسلم المرأة، كان لها نصف المهر، وكنا سوينا بين ذلك وبين أن تكون المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول، فأقام[3] الزوج على الذمية في إيجاب نصف المهر لها تخريجاً، ثُمَّ تأملنا أصول يحيى - عليه السلام - أفضل تأمل، وراعينا ما حصله أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في /٨٢/ (النصوص) من مذهبه في هذا الباب، فكان الأولى التفرقة بين المسألتين، وألا يحكم للمرأة بشيء من المهر إن كانت هي التي أسلمت قبل الدخول، وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة على الضد من ذلك في المسألتين.

ووجه ما قلناه من أن المهر يجب كملاً إذا أسلم أيهما كان بعد الدخول - مع أنَّه مما لا أحفظ فيه خلافاً - أن الوطء قد وقع في نكاح صحيح، فوجب أن يحصل به استحقاق المهر كملاً، ولم يجب أن يبطل ما استحقته من ذلك بما طرأ على النكاح مما أوجب فسخه وارتفاعه.

ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها »، فأوجب المهر بالدخول في النكاح.

وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه لما لاعن بين عويمر العجلاني، وبين زوجته، قال عويمر: مالي مالي - يعني ما أعطاها من المهر - فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا مال لك، إن كنت صدقت عليها، فبما استحللت من فرجها،

---

(١) في (أ): وقد.
(٢) انظر: الأحكام ٣٥٧/١، ٣٥٦.
(٣) في (أ): وأقام.

وإن كنت كذبت عليها، فذاك أبعد»[١]، فأخبر - صلى الله عليه وآله وسلم - أنها قد استحقت المهر بما استحل من فرجها.

وأما إذا كان الإسلام قبل الدخول، فمن أيهما وقع، كانت الفرقة من جهته، فإن كان الزوج هو الذي أسلم، فالفرقة من جهته، فوجب أن يحكم لها بنصف المهر، لأن الفرقة إذا كان من جهة الزوج، وجب ذلك،

وإن كانت المرأة هي التي أسلمت دون الزوج، فالفرقة من جهتها، فوجب ألا يحكم لها بشيء من المهر؛ لأن الفرقة متى جاءت من قِبَلِهَا قَبْلَ الدخول، بطل حقها من المهر.

فإن قيل: إن الإسلام لا يوجب الفرقة، وإنما الموجب لها هو الكفر، فوجب أن يقال في المسألتين على الضد مما قلتم.

قيل له: عندنا أن الإسلام قد يوجب الفرقة كما يوجبها الكفر؛ لأن الله تعالى حرم النكاح بين المؤمنين والكافرين، فلم يكن الكفر[٢] أن تتعلق به الفرقة أولى من الإسلام، فإذا ثبت ذلك، كان الأولى بأن يتعلق حكم الفرقة بالطارئ منهما دون الثاني[٣]؛ لأنَّه هو المجاور للحكم، ألا ترى أنهما لو بقيا على ذمتهما، لم تقع الفرقة بينهما، حتى إذا أسلم أحدهما، حصلت الفرقة؟ فكان الإسلام هو المجاور للحكم، فيجب أن يكون هو العلة، ألا ترى أن المسلمَين إذا ارتد أحدهما، حصلت الفرقة بينهما، فكان سبب الفرقة بينهما هو الكفر؛ إذ هو المجاور للحكم دون الإسلام الذي لو بقيا عليه لم تجب الفرقة.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن الإباء للإسلام هو الموجب للفرقة في مسألة الذميين، فيكون هو المجاور للحكم، ويبطل على هذا ما ذهبتم إليه؟

قيل له: ليس إباء من أبى منهما الإسلام أكثر من بقائه على الكفر، وليس ذلك بأمر طارئ، وإنما الطارئ هو الإسلام، فكان تعليق الحكم به أولى.

---

(١) أخرجه البيهقي ٧/٤٠٤.

(٢) في (أ): للكفر بأن.

(٣) في (أ): الباقي.

فإن قيل: أو ليس قد قال يحيى[١] - عليه السلام - في الذمية البالغة إذا كانت تحت ذمي صغير، فأسلمت: إنها[٢] توقف إلى أن يبلغ الزوج، فيسلم، أو يكفر، فلم يجعل طروء الإسلام موجباً للفرقة؟

قيل له: لا نسلم[٣]؛ لأنا لا نجعل طروء الإسلام موجباً للفرقة في كل موضع، وإنما نقول: إن الفرقة إذا حصلت، فتعلقها بالإسلام الطارئ أولى من تعليقها بالكفر الباقي، وفي المسألة التي ذكرتها لم /٨٣/ تحصل الفرقة؛ لأنها لا تحصل عندنا بمجرد الإسلام ما لم يضامه انقضاء العدة في المدخول بها.

مسألة: في ردة الزوج أو الزوجة

قال: وإذا ارتد الرجل عن دينه، وجب للمرأة عليه المهر، وإن ارتدت دونه، فلا مهر لها تخريجاً، إلاَّ أن يكون دخل بها.

أصول يحيى بن الحسين صلوات الله عليه توجب ما ذكرناه؛ لتنصيصه على أن الردة توجب الفرقة[٤]، وتعليقه حكم الفراق بالطارئ، فإذا طرأت الردة على الإسلام، فيجب أن تكون الفرقة من جهة من ارتد من زوج أو زوجة، على ما بيناه في المسألة التي قبلها، فلذلك[٥] قلنا إن الردة إن كانت من الزوج، وجب للمرأة نصف المهر، وإن كانت من المرأة، فلا شيء لها؛ لأن الفرقة تكون من قِبَلها، فلذلك[٦] لم نوجب لها شيئاً من المهر، فإما إن وقعت الردة - من أيهما كان - بعد الدخول، فيجب المهر؛ لأن الطارئ على النكاح طرأ بعد استحقاق المرأة ما استحقته من المهر بدخول الزوج، فلا يبطل ما استحقته، كما لا يبطل سائر حقوقها من الأموال على ما أوضحناه في المسألة التي قبل هذه.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٩٥.
(٢) في (ب): إلى أنها.
(٣) في (ب): يلزم.
(٤) انظر: الأحكام ١/٣٩٤، ٣٩٥.
(٥) في (أ): فكذلك.
(٦) في (أ): فكذلك.

مسألة: في تسمية المهر بعد العقد

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة، و لم يفرض لها مهراً، ثُمَّ فرض لها بعد العقد، لزمه ما فرض لها.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١].

وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف إذا فرض لها بعد العقد، وطلق المرأة قبل الدخول بها، فإن أبا حنيفة قال: يسقط المسمى، وتجب المتعة، وقال الشافعي: يجب نصف المسمى، وعليه يدل ظاهر قول يحيى - عليه السلام - لأنَّه قال في أول النكاح من (الأحكام) [٢]، وحكم للتي لم يدخل بها، ووقع طلاقها، بنصف ما فرض لها، فلم يشرط[٣] أن يكون الفرض مع العقد أو بعده.

والدليل على صحة ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة /٢٣٧) فأوجب نصف المهر المفروض، و لم يستثن ما فرض منه بعد العقد للنكاح، فوجب أن يستوي فيه حكم ما فرض مع العقد أو بعده.

ويقاس على التسمية في حال العقد، بعلة أنَّه تسمية مهر صحيح، فوجب أن تستحق المطلقة قبل الدخول نصفه، ويمكن أن يقال: هو مسمى يستقر بالموت، أو الدخول[٤] فوجب أن تستحق المطلقة قبل الدخول نصفه.

فإن قيل: هو بمنـــزلة مهر المثل، فوجب أن يسقطه الطلاق.

قيل له: هذا شاهد لعلتنا؛ لأن مهر المثل لما لم يكن مسمى مفروضاً، أسقطه الطلاق كله، فأما إن سمى مهر المثل وفرض، فإنه لا يسقطه عندنا الطلاق، بل يجب نصفه.

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٠.

(٢) انظر: الأحكام ٣٤١/١.

(٣) في (أ): يشترط.

(٤) في (ب): والدخول.

فإن قيل: فإن هذه التسمية ملحقة بالعقد، وقد بطل العقد، فوجب أن يبطل ما أُلحق به.

قيل له: وما في أنها ملحقة بالعقد ما يوجب بطلانه ببطلان العقد؟ ألا ترى أن المسمى مع العقد تعلقه بالعقد أوكد من تعلق الملحق به، ولم يجب أن يبطل المسمى مع العقد لبطلان العقد؟ فوجب أن لا يبطل الملحق بالعقد لبطلان العقد، على أنا وجدنا الطلاق من شأنه أن يقرر نصف ما يقرره الموت والدخول، فكما أن المسمى بعد العقد يقرره الموت والدخول، وجب أن يكون الطلاق يقرر نصفه.

مسألة: في موت أحد الزوجين بعد تسمية المهر

قال: وإذا تزوجها على مهر معلوم، فمات أحدهما قبل الدخول، أو بعده، وجب المهر كاملاً.

نص في (المنتخب) [1] في مسألة الصغيرين إذا زوجهما أبواهما وهما طفلان راضعان، فمات الصبي، أن المهر يلزم.

ونص في (الفنون) [2] على /٨٤/ أن موت المرأة قبل الدخول يوجب المهر، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً إلاَّ عن الناصر - عليه السلام - فقد حكي عنه أنَّه كان يشبه الموت بالطلاق، ويوجب بالموت نصف المهر كما يوجب بالطلاق، والإجماع يحجه، ويعترض قوله، لأن الصدر الأول اختلفوا فيمن مات، (ولم يفرض) [3]، ولم يدخل، فأما من مات وقد فرض، فلم يختلفوا فيه.

ويدل على ذلك أن عقد النكاح عقد مؤبد، ومعنى قولنا مؤبد: أنَّه باق إلى الموت ما لم يعرض ما يوجب إبطاله، فصار الموت موجباً حصول ما أوجبه العقد، فوجب أن يستحق العوض كملاً، كما أن من استأجر داراً شهراً، وخلي بينه وبينها، فلم

---

(١) انظر: المنتخب ١٢٨.

(٢) انظر الفنون ٤٢٧ - ٤٢٨.

(٣) سقط من (أ) ما بين القوسين.

يسكنها حتى مضى الشهر، يستحق عليه الأجرة، لما حصل من استيفاء الزمان الذي اقتضاه العقد، فكذلك المهر مع الموت.

ويمكن أن تقاس أيضاً مدة العمر على الدخول في وجوب استيفاء المسمى، والمعنى أن أحد موجبي العقد يحصل به.

مسألة: في موت الزوج قبل تسمية المهر والدخول

قال: وإن تزوجها، ولم يفرض لها مهراً، ثُمَّ مات قبل الدخول، فلا مهر لها.

وقال في (المنتخب)[1]: لها مهر مثلها، فإن مات بعد الدخول، فلها المهر.

ما ذكرناه أولاً هو رواية (الأحكام)[2]، وهو قول القاسم - عليه السلام - وهو الأصح عند أصحابنا، وكان أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - يتأول رواية (المنتخب)، ويجعل الروايتين كالرواية الواحدة، والمعتمد رواية (الأحكام)، وهذا أحد قولي الشافعي، قال أبو حنيفة بمثل رواية المنتخب.

والذي يدل على ما حكيناه أولاً: حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها صداقاً، ثُمَّ توفي قبل أن يفرض لها، وقبل أن يدخل بها، قال: لها الميراث، وعليها العدة، ولا صداق لها[3].

وروي نحوه عن زيد، وابن عمر[4].

فإن قيل: روي عن عبد الله خلافه[5].

قيل له: هو قول علي - عليه السلام - وهو أولى من قوله، أما على أصول

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٠.

(٢) الذي في الأحكام ١/٣٥٥: (إذا تزوج الرجل المرأة ثم مات عنها ولم يكن سمى لها مهراً فإن لها الميراث وعليها عدة المتوفى عنها زوجها). قال: (وكذلك لو أنه تزوجها ثم طلقها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها مهراً كان لها المتعة ولا مهر لها).

(٣) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب المهور.

(٤) أخرجه عنهم البيهقي في السنن ٧/٢٤٦، ٢٤٧.

(٥) أخرجه ابن حبان ٩/٤٠٩ والحاكم ٢/١٩٢ والترمذي ٣/٤٥٠ والدارمي ٢/٢٠٧.

أصحابنا، فلأنا نوجب اتباعه، وأما على غير هذا الأصل، فلأن فيما روي عن عبد الله ما دل على أنَّه قال باجتهاد، ألا ترى أنَّه قال[1]: أقول فيه برأيي، فإن يكن صواباً، فمن الله تعالى، وإن يكن خطأ، فمن الشيطان؟

وفي قول علي - عليه السلام - ما يدل على أنَّه قال بالسنة، ألا ترى أنَّه قال فيمن روى عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: لا نقبل[2] قوله على كتاب الله وسنة رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -؟ فدل ذلك على أنَّه كان يقول ما يقول في ذلك عن السنة.

فإن قيل: فقد قال معقل بن سنان الأشجعي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بذلك في امرأة يقال لها: بِروع بنت واشق[3].

قيل له: قد سقط خبره عندنا بتجريح[4] علي - عليه السلام - له، لأنَّه قال: لا نقبل قول أعرابي بوال على عقبيه على كتاب الله تعالى وسنة رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - ومن شرط خبر الواحد أن يسلم سنده، ولا جرح أقوى من جرح علي - عليه السلام -.

فإن قيل: فأنتم قبلتم خبر فاطمة بنت قيس في أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يجعل لها سكنى، ولا نفقة، مع جرح عمر لها[5]، فما أنكرتم على مخالفكم إذا قبل خبر معقل مع جرح علي - عليه السلام -؟

قيل له: عن هذا جوابان:-

أحدهما: أن على أصولنا ليس جرح علي - عليه السلام - كجرح عمر.

والثاني: أن عمر جرحها بما ليس بجرح[6]، فلم يلزم قبول جرحه، لأنَّه قال: لا

---

(١) في (أ): قال فيه.

(٢) في (ب): يقبل.

(٣) انظر التخريج السابق.

(٤) في (أ): بجرح.

(٥) أخرجه مسلم ١١١٨/٢ وابن حبان ٦٣/١٠ والترمذي ٤٨٤/٣ والدارمي ٢١٨/٢ وأبوداود ٢٨٨/٢.

(٦) في (أ): بجرح به.

نقبل[١] حديث امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت، ولئن كان /٨٥/ هذا طعناً فيها، فيجب أن تبطل أخبار الآحاد، لأن هذا قائم في جميع الرواة، فلما ثبت ذلك، بطل جرحها.

وأما علي - عليه السلام - فجرح معقلاً بما هو في الحقيقة جرح، ألا ترى أنَّه قال: لا نقبل قول أعرابي بوال على عقبيه، وهذا وصف من لا يعرف الفرائض والسنن، ولا يعمل بها، وهو أبلغ في الجرح، فوجب صحة جرحه وسقوط حديثه، وروي عن الزهري أنَّه قال: لم يزل الناس ينكرون هذا الحديث.

فإن قيل: فقد قبله عبد الله بن مسعود.

قيل له: لو ثبت أنَّه قبله، كان جرح من جرحه أولى؛ لأن الجرح أقوى من التعديل، على أنَّه لا يثبت أن عبد الله قبله، لأنَّه كان حكم فيه[٢] باجتهاده قبل سماع هذا الخبر، وإنما روي أنَّه لما سمع هذا الخبر، سُرَّ به، وهذا لا يدل على أنَّه قبله، ولا على أنَّه عمل به.

ومما يدل على ذلك: أنَّه لا خلاف في أنَّه لو طلقها قبل الفرض والدخول، كان لا مهر لها، فكذلك إذا مات قبلهما[٣]، والمعنى أنَّه فراق حصل قبل الفرض والدخول، وأيضاً لو حصلت الفرقة بينهما في حال حياتهما، لم يجب لها مهر، كذلك إذا حصلت بالموت، دليله لو كان جرى بينهما عقد فاسد، أو كانت أم ولد، يوضح ذلك أن الموت يقرر ما أوجب لها في حال الحياة، وقد علمنا أن قبل الموت لم يجب لها شيء، فوجب ألا يجب بالموت كما لا يجب بالارتداد.

فإن قيل: فإن مهر المثل يجب بالعقد، فوجب أن يؤكد بالموت، كالمسمى.

قيل له: لسنا نسلم أن مهر المثل يجب بالعقد، وإنما يجب بتراضيهما، أو بحكم الحاكم به مع اختيار الزوج لبقاء النكاح، ألا ترى أنَّه لو اختار فراقها، لم يحكم

---

(١) في (ب): يقبل.
(٢) سقط من (أ) فيه.
(٣) في (ب): قبلها.

الحاكم به، وكذلك لو تراضيا بدونه، أو بأكثر منه، لم يجب، فبان أنَّه لا يجب بالعقد.

فإن قيل: الزوج قد ملك البضع بالعقد، وغير جائز استباحته بغير بدل، فإذا قد ملك عليه البدل.

قيل له: لا نختلف أن هذا العقد يصح بغير بدل، وإنما يجب لها البدل بعد ذلك بشرائط ذكرناها، ألا ترى أنَّه لو لم يكن يصح إلاَّ بالبدل، لوجب[1] أن يفسده فساد البدل، كالبيع، والإجارة.

فإن قيل: لولا أنَّه واجب لها، لم يحكم الحاكم لها به.

قيل له: قد علمنا أن الحاكم يحكم لها مع اختيار الزوج لتبقية النكاح، ولسنا نختلف في أنها تستحق مهر المثل على بعض الوجوه، وإنما اختلفنا أنَّه يجب بالعقد أو بغيره.

فإن قيل: قد علمنا أنها تستحقه بالدخول، والدخول تصرف من الزوج فيما ملكه، وتصرف الإنسان فيما يملكه لا يوجب عليه شيئاً، فإذاً الموجب هو العقد.

قيل له: لا خلاف بيننا وبينكم أن عقد الإجارة يملك المستأجر به المنافع، ولا يستحق الأجرة عليه بالعقد، وإنما يستحق باستيفاء المنافع، فلا يمتنع ألاَّ تستحق التي لم يسم لها مهراً بالعقد شيئاً، وإنما يستحق بالتصرف فيها، كالمؤاجر لا يستحق على المستأجر الأجرة بالعقد، وإنما يستحق باستيفاء المنافع.

فإن قيل: فالمطلقة[2] قبل الدخول والمسيس قد استحقت من مال الزوج شيئاً وهو /٨٦/ المتعة، فوجب أن تستحق بالوفاة شيئاً من ماله.

قيل له: لا نمتنع من ذلك، فإنها تستحق الميراث بالإجماع، ونفقة العدة، على أن المتعة لا تستحقها المرأة بالنكاح، وإنما تستحقها بالطلاق، بدلالة أنها لا تطالب بها إلاَّ بعد الطلاق، وقياسهم الموت على الدخول في إيجاب المهر لا يصح، وإنما يصح ذلك

---

(١) في (ب): لو وجب.
(٢) في (أ): والمطلقة.

في تقرير المسمى، وذلك أن الدخول أوجب المهر؛ لأنَّه استيفاء منافع البضع، بدلالة أنَّه لو وطئها بعقد فاسد، لاستحقت المهر عليه، والموت لا يستوفى به منفعة، فلم يجب أن يكون سبيله سبيل الدخول في هذا الباب، وإنما وجب أن يتقرر المسمى به، كالدخول؛ لأن أحد موجبي العقد يحصل به، على ما بيناه في المسألة التي قبل هذه، على أن الموت يوجب الفراق، والفراق لا يوجب المهر، فيبطل ما اعتمدوه، وليس لهم أن يقولوا: إنها لما جعلت المطالبة لها بمهر المثل، دل ذلك على ثبوته؛ لأنا لا نسلم ذلك، ونقول: إن لها المطالبة بأن يفرض لها ثُمَّ تطالب بعد ذلك بالمهر.

ووجه رواية (المنتخب): ما أوردناه سائلين في مسألتنا هذه، والعمدة فيه أن يحيى - عليه السلام - حين قال ذلك، لم يكن ثبت عنده جرح أمير المؤمنين - عليه السلام - لمعقل، وأما مع ثبوت ذلك، فلا قول إلاَّ ما في (الأحكام) على ما بيناه، فأما إذا مات بعد الدخول، فلا إشكال في وجوب المهر؛ إذ المرأة قد استحقته بالدخول على ما بيناه في المسائل التي تقدمت، ولا وجه لإعادته.

مسألة: في عدم تسمية المهر مع حصول الدخول

قال: وإذا ثبتت الزوجية، والبناء بين الزوجين، قُضي للمرأة بمهر مثلها، وهذا مما قد مضى شرحه وبيانه فيما تقدم في مواضع، والمراد به إذا لم يكن بينهما مهر مسمى.

وإن تداعيا مسمى، واختلفا فيه، فالقول قول المرأة مع يمينها إلى مهر مثلها، وفيما زاد على ذلك يكون القول قول الزوج مع يمينه.

وهذا مما نوضحه في كتاب الدعاوى والبينات (إن شاء الله تعالى)[1].

مسألة: فيما يوجب المهر

قال: وإذا خلا الزوج بزوجته، وأُرخى الستر دونهما، وجب المهر كاملاً إذا كانت المرأة تصلح للجماع، ولو أُرخي الستر عليهما، ومعها في البيت غيرهما، ولم يمسها، لم يجب المهر كاملاً.

---

(١) سقط من (ب) ما بين القوسين.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢].

وما ذكرناه من كونها ممن تصلح للجماع منصوص عليه في (المنتخب) [٣].

والقول بأن الخلوة توجب جميع المهر قول علي - عليه السلام - ورأي جميع أهل البيت - عليهم السلام - لا أحفظ عن أحد منهم خلافاً فيه.

وروى نحو ذلك عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وأحد قولي الشافعي، والقول المشهور للشافعي: إنها لا تستحق كمال المهر إلاَّ بالوطء.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ (النساء /٢٠)، وهذا عام في الجميع منهن إلاَّ ما خصته الدلالة[٤]، ثم بيَّن تعالى حكم الخلو فقال: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ (النساء /٢١)، والإفضاء هو خلوة الزوج بها بحيث لا ساتر بينهما، لأنَّه مأخوذ من الفضاء، يبين ذلك ما روي (لا يُفضينَّ رجل إلى رجل، ولا امرأة إلى امرأة، إلاَّ إلى ولده أو والده)[٥]. فبان أن المراد بالإفضاء ليس هو الجماع، روى ذلك أبو داود.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء/٤)، وعمومه يقتضي ما ذكرناه.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة /٢٣٧)، فأوجب لهن متى طلقن قبل المماسة

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠١، ٤٠٢.

(٢) انظر: المنتخب ١٢٩.

(٣) انظر: المنتخب ١٢٩.

(٤) في (أ): دلالة.

(٥) أخرجه أبو داود ٢/٢٥٤ والبيهقي ٧/٩٨.

نصف المهر[١]، فوجب أن تخص[٢] الآية التي تعلقتم بها؛ لأن هذه الآية أخص منها.

قيل له: إن الآية قرئت على وجهين: قرئت: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾، و﴿وَتَمَاسُّوهُنَّ﴾ والقراءتان كالروايتين، ويفيد قوله سبحانه: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ أن الحكم قد تعلق بالمس، فعلى هذا متى مسها بيده، ثُمَّ طلقها، يجب كمال المهر، فإذا ثبت ذلك فيمن مسها بيده، فلم يفرق أحد بينهما وبين من حصلت له الخلوة معها، وإن لم يمسها.

ويدل على ذلك ما رواه أبو بكر الجصاص بإسناده في (شرح المختصر)، قال قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: « من كشف خمار امرأة، أو نظر إليها، وجب الصداق، دخل بها، أو لم يدخل »[٣].

وذكر أبو العباس الحسني – رحمه الله تعالى – في (النصوص) بإسناده أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: « من كشف عورة امرأة، فقد وجب صداقها »[٤]، وكل ذلك يصحح مذهبنا دون مذهب الخصم.

وروى هناد بإسناده، عن قتادة، عن الحسن، عن الأحنف بن قيس، أن علياً – عليه السلام – وعمر، قالا: «إذا أغلق باباً، أو أرخى ستراً، فالصداق لها كامل، وعليها العدة»[٥].

وقد روي عن الحسن أنَّه قال: قضى المسلمون إذا أغلق باباً، أو أرخى ستراً، وجب المهر، ووجبت العدة.

وروي عن زرارة بن أوفى، قال: قضى الخلفاء الراشدون بأن من أغلق باباً، أو أرخى ستراً، فقد وجب عليه المهر، ووجبت العدة[٦].

---

(١) في (أ): المفروض.

(٢) في (أ): تخص به الآية.

(٣) وأخرجه البيهقي ٧/٢٥٦ والدارقطني ٣/٣٠٧.

(٤) أخرج البيهقي نحوه في السنن ٧/٢٥٦.

(٥) أخرجه البيهقي عن قتادة، به، في السنن ٧/٢٥٥.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن ٧/٢٥٥.

فعلى هذا يدل على أن المسألة إجماع، وقد استضعف ما روي من خلافه عن عبد الله وغيره.

ويدل على ذلك أنها قد سلمت ما اقتضى عقد النكاح تسليمه تسليماً صحيحاً، فوجب أن تستحق العوض، دليله البائع يسلم السلعة إلى المشتري تسليماً صحيحاً، والمستأجَر منه يسلم الدار إلى المستأجر، يكشف ذلك أن صحة العقد يقتضي التسليم دون الوطء؛ بدلالة ما أجمع عليه من جواز نكاح المجبوب مع عدم الوطء، فإذا كان ذلك كذلك، وحصل التسليم للزوج، وجب أن تستحق عليه كمال العوض، ألا ترى أن البائع إذا سلم السلعة إلى المشتري، استحق العوض، انتفع المشتري بالسلعة، أم لم ينتفع؟ وكذلك المستأجَر منه إذا سلم الدار، استحق العوض، سكنها المستأجر، أو لم يسكنها، فوجب أن يكون ذلك حكم الخلوة في النكاح، يؤكد ذلك أن حكم النكاح في استحقاق البدل أوكد من حكم سائر العقود، ألا ترى أن في سائر العقود إذا تلف المعقود عليه قبل التسليم، لم يلزم العوض، ولم يحصل مستحقاً، ولا نختلف في النكاح أن موت المعقود عليها يوجب كمال العوض، وإذا ثبت ذلك، وثبت أن التسليم يوجب العوض في سائر العقود، كان أولى أن يكون التسليم في النكاح موجباً للعوض.

ويبين ذلك أنا وجدنا في سائر العقود يستوي حكم قبض المعقود عليه واستيفائه[1] وحكم التسليم له، في استحقاق العوض، فوجب أن يكون ذلك حكم الخلوة وحكم الوطء، بعلة أنّه عقد معاوضة في استحقاق العوض.

فإن /٨٨/ قيل: عندكم أنها لو سلمت نفسها وبها جنون، أو جذام، أو برص، لم يجب كمال المهر، وكذلك لو كان معهما غيرها في البيت، فقد نقضتم ما ذكرتموه.

قيل له: نحن شرطنا فيما ذكرنا أن تكون سلمت ما اقتضاه العقد تسليماً صحيحاً، والعقد اقتضى تسليمها صحيحة من هذه العيوب، فإذاً لم تستحق العوض؛ لأن التسليم الذي اقتضاه العقد لم يحصل.

---

(١) في (أ): واستيفائه به.

وكذلك إذا كان معها في البيت غيره، لم يقع التسليم الصحيح؛ لأن هناك مانعاً من التسليم، ألا ترى أن من سلم الدار وفيها غاصب يمنع تسليمها، لم يكن ذلك تسليماً صحيحاً، وكذلك لو سلمها وبها عيب يرد به[١]، لم يكن ذلك تسليماً صحيحاً لما أوجبه العقد.

فإن قيل: فالخلوة في العقد الفاسد لا توجب[٢] عندكم كمال المهر، وإن أوجب الوطء ذلك، فكذلك في العقد الصحيح.

قيل له: ذلك مما يعضد قياسنا، وذلك أنَّه لما لم[٣] يحصل التسليم الذي اقتضاه العقد، لم يجب العوض، لأن التسليم في العقد الفاسد غير واجب، والعقد غير مقتض له، فلم يكن له حكم، كما أن التسليم في عقد البيع الفاسد لا يوجب العوض ما لم يقبضه المشتري، وإن كان لو استهلك السلعة[٤]، لزمه العوض، فكذلك الوطء في العقد الفاسد يوجب العوض؛ لأنَّه جار مجرى الاستهلاك، ولا يوجبه التسليم، لأنَّه تسليم لا حكم له، وقد مضى في كلامنا ما هو الوجه لقولنا: إنَّه إن كان معهما في البيت غيرهما، لم تستحق بالخلوة المهر.

واشترطنا أن تكون ممن يصلح للجماع؛ لأنها إذا[٥] كانت صغيرة لا يجامَعُ مثلها، لا يكون بضعها مسلَّماً؛ إذ ليس له وطؤها، فيكون هناك مانع من التسليم.

مسألة: في من تزوج امرأة على طلاق زوجته

قال: ولو أن رجلاً تزوج امرأة على طلاق أخرى، كان لها مهر مثلها، وطلقت الأخرى، فإن تزوجها على أن يطلقها، كان في الطلاق بالخيار.

---

(١) في (ب): رد به.

(٢) في (ب): يوجب.

(٣) في (ب): لما تحصل التسليم.

(٤) في (ب): بالسلعة.

(٥) في (أ): أن.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

ووجه إيجابنا لها مهر المثل أن طلاق الأخرى ليس بمال، ولا جارٍ مجرى مال، فلم يصح أن يكون مهراً على ما بيناه، فكان ذلك نكاحاً بغير مهر، فوجب أن يقضى لها مهر مثلها على ما سلف القول فيه.

وقلنا: إن الأخرى تطلق؛ لإيقاعه طلاقها عوضاً من بضعها، والطلاق واقع، وإن لم يصح كونه عوضاً للبضع، ولا يجب فساد العقد من أجله، كما قلناه في الشغار، لأنَّه لا يؤثر في موجَب العقد، وليس كذلك الشغار.

فأما إذا كان ذلك وعداً، فلا يقع الطلاق، والزوج فيه بالخيار، كما ذكرناه في سائر ما شرط لها من ألا يخرجها من مصرها، أو من قرب والديها، وما جرى مجرى ذلك.

مسألة: في النكاح على أكثر من مهر المثل

قال: ولو أن مريضاً تزوج امرأة على أكثر من مهر مثلها، ثُمَّ مات، ثبت المهر، إلاَّ أن يكون توليجاً، فيكون الزائد على مهر المثل وصية يخرج من الثلث.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) (٢).

ومعنى التوليج هو المحاباة، وإنما يكون الزائد محاباة إذا كان المريض يمكنه التوصل إلى بضعها بمهر مثلها، فإذا امتنعت من ذلك، ولم يمكنه التوصل إليها إلاَّ بما زاد على مهر مثلها، صار الجميع عوضاً صحيحاً لبضعها، فلم يجب أن ينقص منه شيء، دليله لو كان مهر مثلها، يكشف ذلك أن للمريض أن يتملك بضعها، ولها ألا تُملِّك بضعها إلاَّ بما تختاره؛ لأنها مالكة لأمرها، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنها تستحق جميع عوض بضعها.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلا يَحِلُّ لَكُم أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً﴾

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٧٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٠ - ١٣١.

(البقرة /٢٢٩) وقوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ (النساء /٢١)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (النساء /٤)، فإذا أمكنه ذلك بمهر مثلها، فزادها على ذلك، كان الزائد محاباة، وجارياً مجرى الهبة والوصية؛ إذ لا وجه له غير ذلك، ولا خلاف فيه، فلذلك قلنا: إنَّه يجرى مجرى الهبة/٨٩/ والوصية، ويخرج من الثلث.

باب القول فيما يرد به النكاح

مسألة: في عيوب النكاح، وبم تستحق المردودة المهر

إذا تزوج الرجل امرأة، ثُمَّ وجد بها الجنون، أو الجذام، أو البرص، أو القَرَن، كان له أن يردها بهذه العيوب، إذا لم يكن علم بها حين العقد، ولا مهر لها، إلاَّ أن يكون وطئها، فإن كان وطئها، فليلزمها، أو ليطلقها، ولها المهر.

وهذا جميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1]، وذكر نحوه في (المنتخب)[2].

والأصل في رد النكاح بالعيب: حديث جميل بن زيد، عن ابن عمر، قال: تزوج النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - امرأة من بني غفار، فأدخلت عليه، فرأى في كشحها وضحاً، فردها، وقال: « دلستم عليَّ، دلستم علي »[3]، وفي بعض الحديث قال لها: « الحقي بأهلك »[4].

فإن قيل: يحتمل أن يكون ردها بالطلاق.

قيل له: ظاهر الخبر يقتضي أنَّه لم يكن غير الرد، وأنه ردها لِمَا رأى بكشحها من الوضح.

كما روي أن ماعز بن مالك زنى، فرُجم، وأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- سهى، فسجد، وإذا ثبت الرد من البرص، فلا أحد قال بالرد منه إلاَّ قال بالرد من سائر ما ذكرنا.

ويدل على ذلك حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم

(١) انظر: الأحكام ٣٩٤١/١.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٢.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٢١٣/٧.

(٤) أخرجه الحاكم ٣٦/٤ والنسائي في السنن الكبرى ٢٤٧/١ وأحمد ٤٩٣/٣ عن جميل بن زيد عن زيد بن كعب بن عجرة.

السلام- قال: «يرد النكاح بأربعة أشياء: الجنون، والجذام، والبرص، والقَرَن»[١].

وروى هناد، حدثني وكيع، عن سفيان، عن رجل، عن الشعبي، عن علي - عليه السلام - قال: «إن كان دخل بها، فهي امرأته، وإن لم يكن دخل بها، فرق بينهما»[٢]، وروي نحو ذلك عن عمر[٣].

فإن قيل: روي عن علي - عليه السلام - أنَّه قال: هي امرأته، إن شاء أمسك، وإن شاء طلق[٤].

قيل له: هذا الخبر مروي عن الشعبي[٥]، وقد روى الشعبي عنه ما قدمناه، فدل ذلك على أن المراد به بعد الدخول.

ومما يدل على ذلك أن النكاح هو عقد معاوضة، فوجب أن يكون للرد بالعيب مسرح في كل واحد من البدلين، دليله البيع، ولا خلاف أن المهر يتأتَّى فيه الرد بالعيب، فوجب أن يكون البضع كذلك، والعلة أنَّه أحد البدلين في عقد النكاح، وأيضاً وجدنا الرَّتَق يمنع من تسليم البضع، فوجب أن يكون ذلك يقتضي الخيار لمن يستحق التسليم، دليله من يشتري داراً، ثُمَّ وجد فيها غاصباً يمنع من التسليم، لا خلاف أن له الخيار في فسخ العقد، والعلة أنَّه عقد اقتضى تسليم المعقود عليه، فإذا حصل ما يمنع التسليم، كان لمن يستحق التسليم الخيار في العقد، ويبين أن الرتق مانع من تسليم البضع: أنَّه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن التي خلا بها زوجها، وهي مُحْرِمَة، أو صائمة في رمضان، أو حائض، لا تستحق كمال المهر؛ لحصول ما هو مانع من تسليم البضع، وقد علمنا أن الرَّتَقَ مَنْعُه أبلغ من منع الإحرام، والصوم، والحيض، وأنه الذي يمنع في الحقيقة، وهذه الأشياء تمنع حكماً، فإذا ثبت ذلك في الرتق، ثبت في سائر ما ذكرناه، على أن الجذام أيضاً مما يمنع من التسليم حكماً،

---

(١) المسند كتاب النكاح باب العيب يجده الرجل في امرأته. وأخرج البيهقي ٢١٥/٧ نحوه عن علي .
(٢) وأخرجه عن علي: البيهقي ٢١٥/٧.
(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ٢٦٧/٣.
(٤) أخرجه البيهقي ٢١٥/٧ والدارقطني ٢٦٧/٣.
(٥) أخرجه البيهقي ٢١٥/٧.

وذلك لما: أخبرنا به عبد الرحمن بن محمد الأبهري، حدثنا محمد بن علي بن الحسين بن أبي الحديد الفقيه بمصر الصدفي، حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، حدثنا أنس بن عياض، عن عبد الله بن عامر، حدثتني أمي فاطمة، عن الحسين بن علي – عليه السلام – عن ابن عباس – رحمه الله تعالى – أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – كان يقول: « لا /٩٠/ تديموا النظر إلى المجذومين، ومن كلَّمهم منكم، فليكلمهم وبينهم وبينه قيد رمح »[١]، فلما منع – صلى الله عليه وآله وسلم – من[٢] مكالمتهم ومقاربتهم، وأوجب أن يكون بين الواحد منهم وبينهم قدر رمح[٣]، كان ذلك مانعاً من التسليم.

فإن قيل: فإن هذه العلة منتقضة بالصائمة، والحائضة، والمحرمة؛ لأن من تزوج بمن لا خيار له بالإجماع، وإن كانت هذه الأمور مانعة من التسليم.

قيل له: هذا ليس بنقض؛ لأنا قسنا الفرع على الأصل، وقد علمنا أنَّ ما يمنع منه منعاً يسيراً في الأصل لا يوجب الخيار للمشتري، كأن يكون في الدار متاع للبائع يحتاج إلى تفريغها منه إلى ساعة أو يوم أو نحوه، وإنما يراعى في ذلك ما كان منعاً مستداماً، ويكون مثله عيباً، ألا ترى أن الحيض والصيام لا يكونان عيباً في الجارية، لأنهما وإن منعا من الوطء، فليس منعاً مستداماً، وليس كذلك الرتق، فسقط بما بيناه اعتراضهم.

فإن قيل: لو رد النكاح بما ذكرتم، لوجب أن يرد بسائر العيوب.

قيل له: لا يمتنع اختلاف أحوال العيوب في العقود، ألا ترى أن المخالف لنا في هذه المسألة يجعل الذَّفَر[٤] – إذا لم يكن من داء – عيباً في الجارية، ولا يجعله عيباً في العبد، والعيب الذي ليس بفاحش يجوز به الرد في البيوع، ولا يجوز رد المهر به، وإنما

---

(١) أخرج نحوه البيهقي ٢١٨/٧ وابن ماجة ١١٧٢/٢ وأحمد ٢٣٣/١ وابن أبي شيبة ١٤٢/٥.

(٢) في (ب): عن.

(٣) في (أ): بينه وبينهم قاب رمح.

(٤) الذَّفَر: شدة ذكاء الريح أو رائحة الإبط المنتنة. انظر القاموس المحيط صفحة ٣٧٠.

يجوز رده به إذا كان فاحشاً، ويجعل الزنى عيباً في الأمة، ولا يجعله عيباً في العبد، فقد بان لك أن العيوب تختلف أحوالها، وليس يجب أن يجري الجميع مجرى واحداً، على أن اعتبارنا يترجح بالنقل، والفائدة الشرعية، وبأنه يجري مجرى إجماع الصحابة، ويعضده فعل النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وهو قول أمير المؤمنين – عليه السلام– فوجب اتباعه.

فإن قيل: فكيف تدَّعون أنَّه جارٍ مجرى الإجماع، وقد روي عن ابن مسعود خلاف ذلك.

قيل له: قد قيل في الخبر: إنَّه ضعيف، وقيل: إن المراد به سائر العيوب.

وقلنا: إن له الرد بهذه العيوب إذا لم يكن علم بها؛ لأنَّه لا خلاف أن شيئاً من العقود لا يرد بعيب علمه المتبائعان، وتراضيا به.

وقلنا: إن كان وطئها، كان لها المهر، وكان له أن يطلقها، أو يمسكها؛ لأن الوطء مستحَقٌ به المهر؛ لأنَّه جارٍ مجرى استهلاك البضع، ولأنه لا خلاف فيه، وهو المروي عن علي – عليه السلام – وعمر.

وقلنا: إن شاء طلق، وإن شاء أمسك؛ لأن الوطء أبطل الخيار، وأوجب المهر؛ لكونه جارياً مجرى الاستهلاك.

مسألة: في العلم بالعيب بعد الخلوة من غير وطء

قال: وإن كان خلا بها، ولم يكن وطئها، ثُمَّ ردها بالعيب، لم يكن لها المهر.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[1]. قال الناصر (ع): لها المهر إذا خلا بها.

ووجه ما ذهبنا إليه أن الخلوة أوجبت المهر؛ لأنها كانت تسليماً صحيحاً للبضع، ألا ترى أنَّه لو خلا بها وفي البيت معهما غيرهما، أو كانت هي ممن لا تصلح للجماع للصغر، أو كانت محرِمة، أو صائمة، أو حائضاً، لم تستحق كمال المهر؛ لأن التسليم

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٢، ١٣٤.

لم يقع صحيحاً كما اقتضاه العقد، فكذلك ما ذهبنا إليه؛ لأن التسليم الصَّحيح لم يقع، ألا ترى أن من سلَّم إلى المشتري عبداً معيباً، لم يمنع ذلك التسليم خيار الرد، وكان حاله بعد التسليم كحاله قبل التسليم ما لم يستهلك المشتري العبد، فكذلك الزوج إذا /٩١/ خلا بالمعيبة، لا يُبطل ذلك خياره، ولا يوجب المهر ما لم يطأها؛ للعلة التي ذكرناها.

مسألة: في العبد يدلس على الحرة فتتزوجه

قال: وإذا دلس العبد على الحرة، فتزوجته على أنَّه حر، كان لها الخيار إذا علمت، إن شاءت، أقامت معه، وإن شاءت، فسخت نفسها منه، هذا إذا أجاز سيد العبد نكاحها، وعلى سيد العبد المهر، إن كان دخل بها، وإن لم يُجزه، كان النكاح باطلاً، فإن كان العبد دخل بها، كان عليه مهر مثلها تطالب به إذا عتق.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

قلنا: إن لها الخيار إذا دلس العبد عليها؛ لأنَّه قد ثبت أن العبد ليس بكفؤ للحرة، وأن وليها لو زوجها من غير كفؤ، كان لها الخيار، فوجب أن يكون لها الخيار إذا دلس العبد عليها نفسَه، والعلة أنَّه تزوجها مَن ليس بكفؤ بغير رضاها، وهي بالغة، فوجب أن يكون لها الخيار، على أن أبا حنيفة قد قال: إن المرأة إذا غُرَّت بنسب رفيع شريف أشرف من نسبها، ثُمَّ وجدته دون ذلك، كان لها الخيار، فالعبد أولى به، يكشف ذلك أنها إذا لم ترضَ إلاَّ بقدر من المهر، فلها أن تمنع نفسها إذا مُنِعَت ما به رضيت، فكذلك النسب والحرية؛ لأن جميع ذلك حق لها، لأنها يلحقها ويلحق بولدها الغضاضة بفقد[2] الحرية والكفاءة، كما يلحقها الضرر بقصور المهر.

وقلنا: إن سيده إن أجاز ذلك له، فعليه المهر؛ لأن أذنه في النكاح يجري مجرى الضمان للمهر، وهذا إذا دخل بها، أو طلقها قبل الدخول، و لم تختر المرأة الفسخ، فإن

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠٧.

(٢) في (ب): بعقد.

اختارت المرأة الفسخ قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قِبَلها، وإن كان ذلك بعد[١] الدخول بها، فلها المهر على ما سلف القول فيه.

وقلنا: إن السيد إن لم يُجز نكاحه، بطل النكاح؛ لأن نكاح العبد لا يصح إلاَّ بإذن سيده، وقد مضى القول فيه.

وقلنا: إن كان العبد دخل بها، فلها المهر عليه، تطالبه به إذا عتق؛ لأن المهر قد وجب بالوطء، وقد رضيت المرأة بكونه في ذمته، فليس لها أن تطالبه به إلاَّ إذا عتق، وصح منه الملك، كما أن رجلاً لو أقرضه مالاً، أو باعه شيئاً، كان الحق عليه يطالبه به إذا عتق؛ لأنَّه قد رضي بكون ذلك في ذمته.

مسألة: في إيهام العبد الحرة بأذن سيده له

قال: فإن كان العبد أوهمها أن سيده قد أذن له في نكاحها، كان ذلك خيانة[٢] من العبد يلزم سيده لها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣].

والأصل في هذا: أن جنايات العبيد تلزم رقابهم على ما يجيء القول فيه، وتغرير العبد لها جناية عليها، فوجب[٤] أن يكون في رقبته، كما أنَّه لو قتل، أو غصب مالاً، فاستهلكه، يكون ذلك في رقبته، وكذلك في مسألتنا هذه.

فإن قيل: المرأة قد رضيت بكون ذلك في ذمته، فلم يجب أن يكون ذلك جناية.

قيل له: إنَّما رضيت بكون ذلك في ذمة سيده دون ذمته، لأنها إذا غرت بأن السيد أذن له فيه، فهي رضيت بكون المهر على السيد دونه، فأما إذا لم يكن السيد أذن له في ذلك، حصل المهر في غير الذمة التي رضيت بها، فيكون ذلك جناية منه، كما أنَّه

---

(١) في (ب): قبل.

(٢) في (أ): جناية.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٧٥.

(٤) في (ب): فوجب.

إذا غصب واستهلك، يكون ضمانة في ذمة لم يرض بها المغتصَب منه، فيكون ذلك جناية، وكذلك إن غرها بأنه حر، وأنها تكون قد رضيت بكون المهر في ذمته بشرط الحرية، فإذا كان عبداً، يحصل ضمانة في ذمة لم ترض بها المرأة، فسبيله سبيل الغاصب على ما بيناه.

فإن قيل: أرأيتم لو أن حراً فقيراً غرها بالغنى، أليس المهر يكون في ذمته تطالبه به إذا أيسر، فما أنكرتم على من قال لكم: إن ذلك سبيل العبد؟

قيل له: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن ذمة الفقير كذمة /٩٢/ الغني بصحة توجُّه المطالبة عليها على بعض الوجوه.

والثاني: أن أكثر ما يجب فيما ذكرتم أن الغارَّ يكون بذلك خائناً، إلاَّ أن خيانته لا تتجاوز ذمته؛ لأنَّه لا فصل بين ما يحصل في ذمة الفقير على وجه الخيانة[1]، أو على غير وجه الخيانة[2]، في أنَّه لا تتعدى ذمته، وليس كذلك العبد، لأنها[3]تلزم رقبته، وتتعدى إلى سيده.

مسألة: في الأمة تدلس على الحر فيتزوجها

قال: وإذا دلست الأمة نفسها على الحر، فتزوجها على أنها حرة، فسخ النكاح أيهما شاء من الزوج أو سيد الأمة.

وهذا مما تقتضيه أصول يحيى - عليه السلام -: لأنَّه قد نص على أن نكاح الأمة لا يصح بغير إذن سيدها، ونص أيضاً على أن النكاح يتوقف على الإجازة، وعلى أن المغرور له أن يرد ما غر به.

أما ما قلناه: إن سيدها يفسخ النكاح إن شاء، فالخلاف فيه مع الشافعي من وجه أنَّه لا يجيز النكاح الموقوف، فاقتضى أصله فساد هذا النكاح، فلم يكن للفسخ فيه

---

(١) في (أ): الجناية.

(٢) في (أ): الجناية.

(٣) في (ب): لأن جنايته.

مسرح، وما قدمناه من جواز النكاح الموقوف يُفسد قوله، ويوضح ما ذكرناه.

وما ذكرناه من أن للزوج أن يفسخ النكاح، فالخلاف فيه مع أبي حنيفة؛ لأنَّه لا يوجب رد المرأة بشيء من العيوب، وما قدمناه من أن النكاح يرد بالجنون، والجذام، والبرص، والرتق، يدل على صحة هذه المسألة؛ إذ لا أحد فرق بين الرق في المرأة، وبين سائر العيوب فيها في رد النكاح به؛ لأن من أوجب الرد بها، أوجب الرد بالرق، ومن أبى الرد بها، أبى الرد بالرق، فإذا ثبت جواز الرد بسائر العيوب التي ذكرناها، ثبت الرد بالرق.

ومما يدل على ذلك - أيضاً - أنَّه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه أن الحرة إذا دلس عليها العبد نفسَه، كان لها الخيار في فسخ النكاح، فوجب أن يكون ذلك سبيل الحر إذا دلست الأمة عليه نفسها، والعلة أنَّه نكاح عقد على التغرير بالرق، فوجب أن يكون للمغرور الخيار.

فإن قيل: ما تنكرون على من قال لكم: إن المرأة جُعل لها الخيار؛ لأنها لا تملك رفع النكاح إلاَّ بالفسخ، وهي لم ترض بذلك النكاح، وليس كذلك الزوج؛ لأنَّه مالك للطلاق؟

قيل له: كونه مالكاً للطلاق لا يمنع من ثبوت الخيار إذا شارك المرأة فيما أوجب لها الخيار، وهو التغرير بالرق، فكان ما ذكرتم جارياً مجرى الفرق مع وجود العلة، على أن المرأة أيضاً تقدر على فسخ النكاح بالردة، وهذا لا يمنع من ثبوت الخيار لها، فبان أن الاعتبار به لا معنى له، وأن الخيار إنَّما ثبت لها لأنها غرت بالرق، فإذا شاركها الزوج في ذلك، وجب أن يثبت له[1] الخيار.

مسألة: في الأمة المدلسة بالحرية إذا وطئت

قال: فإن كان الزوج وطئها، لم يرجع عليها بالمهر، وإن كان أولدها، كان لسيد الأمة قيمة أولادها على أبيهم، وكان للأب أن يرجع بها على سيد الأمة؛ لأنها جناية

(١) في (أ): لها.

منها، فيتقاصان، إلاَّ أن تكون قيمة الأولاد أكثر من قيمة الأمة، فيجب على الأب إيفاء الزيادة لسيد الأمة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وفيه أن قيمة الأولاد إن زادت على قيمة الأم، فللزوج أن يطالب بتسليم رقبتها بجنايتها إن طولب بكمال قيمتهم.

ووجه وجوب المهر بالوطء: ما مضى من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم - في النكاح الفاسد: « فإن وطئها، فلها المهر بما استحل من فرجها »، وما قد ثبت من أن الوطء الواقع بالشبهة لا بد له من مهر، ولا يبعد أن يقال على أصل يحيى - عليه السلام - إنَّه يرجع به على سيدها، إن كانت هي التي غرت؛ لتنصيصه في المعيبة إذا وطئت، ثُمَّ ردت، رجع بالمهر على من غره.

وقوله: إن الزوج لا يرجع عليها بالمهر، محمول على أحد الوجهين - إما أن /٩٣/ يكون المراد حصول الاستحقاق، وإن استحق الزوج عليه بدله، أو يكون المراد به إذا لم تكن المرأة غارة، وكان الغار غيرها.

فأما الأولاد، فلا خلاف بين الصدر الأول والفقهاء من بعدهم في أنهم أحرار، و لم يختلف السلف أنهم مضمونون على الأب، وإن اختلفوا في كيفية الضمان، فروي عن عمر أنَّه قال: غلام بغلام، وجارية بجارية، وقول علي - عليه السلام -: إن الواجب فيهم القِيَم، وإليه يذهب عامة الفقهاء.

ويقوي ذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه حكم في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر، أن يضمن قيمته[٢]، و لم يحكم عليه بنصف عبد مثله، فصار ذلك أصلاً في أن ضمان الحيوان ضمان القيم، وأيضاً لا يختلف الفقهاء أن من استهلك لغيره حيواناً، أو ثياباً، أنَّه يضمن القيمة دون المِثْل، فكذلك في مسألتنا، لأنَّه أعدل، وأبعد من الجهالة، ألا ترى أن المستهلَك لو كان مما يكال أو يوزن، ضمن المستهلِك مثله، لما كان المثل فيه أعدل، وأبعد من الجهالة، ولا خلاف أيضاً أن

(١) انظر: الأحكام ٤٠٥/١.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٠٥/٣ وعبد الرزاق في المصنف ١٥٣/٩.

المغرور يرجع بقيمتهم على الغار، فلذلك قلنا: إنها إذا كانت هي الغارة، كانت القيمة في رقبتها، واختُلف في ذلك، فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن القيمة تكون في ذمتها تطالَب بها إذا عتقت.

وقلنا نحن: إنها تكون في رقبتها بمنزلة جناياتها التي تلزم سيدها، كما قلناه في سائر الجنايات، وهذه الجملة نوضح القول فيها بعد، والذي يختص هذا الموضع بيان أن التغرير جناية، وقد سلف القول فيه، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في إكراه العِنّين على فراق زوجته

قال: ولا يجبر العنين على فراق زوجته.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]، وهو قول القاسم - عليه السلام - ورُوي ذلك عن الحكم بن عتيبة.

والأصل في ذلك أن النكاح من حكمه أن يستدام، ولا يثبت فيه خيار إلاَّ بدلالة شرعية، ولا دلالة على ثبوت الخيار للمرأة.

وروى أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - بإسناده عن أبي إسحاق، عن هانئ بن هانئ، أن امرأة جاءت إلى أمير المؤمنين علي - عليه السلام - جميلةً، عليها ثياب حسنة، فقالت: أصلح الله تعالى أمير المؤمنين، انظر في أمري، فإني لا أيم، ولا ذات بعل، فعرف أمرها، فقال لها: ما اسم زوجك؟ قالت: فلان بن فلان، فقال: أفيكم من يعرفه؟ فأتي بشيخ كبير يدب، فقال له: ما لامرأتك تشكوك؟ فقال: يا أمير المؤمنين، ألست ترى عليها أثر النعمة؟ أليست حسنة الثياب؟ فقال: فهل عندك شيء؟ قال: لا. قال: ولا عند السَحَر؟ قال: لا. قال: فهلكت وأهلكت. قالت: انظر يا أمير المؤمنين في أمري، قال: ما أستطيع أن أفرق بينكما، ولكن اصبري[2].

وروى هناد، عن وكيع، عن قبيصة، عن سفيان، عن أبي إسحاق، عن هانئ بن

---

(١) انظر: الأحكام ٣٥٦/١.

(٢) وأخرجه البيهقي في السنن ٢٢٧/٧ من طريق آخر إلى أبي إسحاق .

هانئ، نحو ذلك. وروى أنها قالت: فما تأمرني يا أمير المؤمنين؟ قال: تتقين الله تعالى، وتصبرين، وما أستطيع أن أفرق بينكما[(١)]، فدل ذلك على أنها لا خيار لها، وأنها مما يجب لها الصبر على ذلك، أحبته أم كرهت.

فإن قيل: فقد روي عن عمر أنه قال: يؤجل العنين سنة، فإن وصل إلى أهله، وإلا فرق بينهما[(٢)].

قيل له: عندنا أن قول علي - عليه السلام - أولى بالاتباع، على أنَّه لو لم يكن قوله أولى بالاتباع أيضاً، لقابل قول عمر، ووجب الرجوع إلى أن لا خيار لها، لأن ذلك هو الأصل في النكاح.

فإن قيل: فقد روي عن الضحاك بن مزاحم، أن علياً - عليه السلام - أجَّل العنين سنة، فإن /٩٤/ هو وصل إلى أهله، وإلا فُرِّق بينهما[(٣)].

قيل له: لم يحكه عن علي - عليه السلام - وإنما هو قول أدرجه في الحديث، فلم يجب أن يصير ذلك معارضاً لحديثنا، على أنَّه قد روي عن عمر أيضاً ما يعارض ما اعتمدوه عنه، وذلك: ما رواه هناد، حدثنا ابن إدريس، عن محمد بن إسحاق، عن عبد الرحمن بن يعقوب بن الصلت المطلبي، عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، قال: بينا أسير مع عمر، إذ عرضت له امرأة شابة، فاستوقفته، فوقف لها، فقالت: يا أمير المؤمنين، امرأة شابة، وزوجها شيخ[(٤)] كبير، وهي تريد ما يردن النساء من الولد وغيره. قال فما برحت حتى رفعت إليه زوجها، فقال له عمر: ويحك ما تقول هذه؟ قال: والله يا أمير المؤمنين ما آلو أن أحسن إليها، قال: تقيم لها ظهرها؟ قال: إي والله يا أمير المؤمنين، قال: خذ بيدها، انطلقي معه، لعَمري إن هذا ليجزي المرأة المسلمة.

---

(١) أخرج نحوه البيهقي ٢٢٧/٧.

(٢) أخرجه البيهقي ٢٢٦/٧ والنسائي في السنن الكبرى ٧٩/٢ وابن أبي شيبة ٥٠٣/٣.

(٣) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٧/٣ وابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٣/٣ والبيهقي في السنن ٢٢٧/٧.

(٤) سقط من (أ) شيخ.

وهذا أولى مما رووه؛ لأنَّه أخبر أن ذلك يجزي المرأة المسلمة، فدل ذلك على أنها لا تجب لها المطالبة بغير ذلك.

ومما يدل على ذلك: ما روي عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالت: يا رسول الله، كنت عند رفاعة، فطلقني، فتزوج بي عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هُدبة الثوب، فتبسم رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وقال: « تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك » فلو كان لها الخيار، وكان يتعلق بمضي سنة؛ لعرَّفها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - كما عرَّفها الحكم في رجوعها إلى رفاعة، فلما لم يذكر ذلك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عُلِم أنها لا خيار لها في ذلك.

ومما يدل على ذلك أنَّه لا خلاف في أن العجز عن الوطء لا يوجب لها الخيار والتفريق في أول ما يظهر، لأنهم لا يختلفون في أن الزوج يؤجَّل مدة على حسب الخلاف فيها، فوجب ألا يوجب لها الخيار والتفريق بعد انقضاء المدة، والمعنى أنَّه ظهور العِنة.

فإن قيل: العِنة لا تظهر إلا بمضي الفصول الأربعة.

قيل له: من أين لكم ذلك؟ وما الدليل عليه، وهذا مما لا سبيل إلى إثباته؟ على أنَّه يقال لهم: لا خلاف بيننا وبينكم أنهما - أعني الزوج والزوجة - لو تصادقا في أن الزوج عاجز عن الوطء منذ أربع سنين، فضلاً عن أربعة فصول، أنَّه لا يكون للمرأة الخيار في أول ما تُرافع، فقد بان صحة ما ذكرناه من أن ظهور العنة لا توجب لها الخيار والتفريق، وأيضاً لا خلاف أنَّه لو وطئها، ثُمَّ عجز عن الوطء، لم يجب الخيار، فكذلك إذا عجز قبل الوطء، والعلة أنَّه حصول العجز عن الوطء، فوجب أن لا يجعل لها الخيار.

ومما يؤكد ما ذهبنا إليه ويوضحه: أن عقد النكاح لم يوجب لها المطالبة بالوطء، بدلالة أن الوطء مما يتكرر، فلو كان عقد النكاح موجباً لها المطالبة به، لتكررت

المطالبة، ألا ترى أن سائر ما يوجب عقد النكاح المطالبة بها، يوجب المطالبة بتكريرها، كالنفقة، والكسوة، والسكنى، والقسم في الليالي والأيام، ولا يجب الاقتصار في شيء من ذلك على مرة واحدة، فلو جرى الوطء مجرى سائر ما ذكرناه، لم يجب الاقتصار فيه على كرة واحدة، يكشف ذلك أن الوطء لما كان مما أوجبه عقد النكاح للزوج، تكررت مطالبته به، ولم يجب الاقتصار على مرة واحدة، فإذا ثبت ذلك، لم يجب لها الخيار بالعجز عنه، كما لا يكون لها الخيار إذا عجز عن سائر ما ليس لها المطالبة به.

ومما يبين أن الوطء ليس بحق لها أنها تستحق العوض عليه، ولا يجوز أن يستحق الإنسان العوض على استيفاء حقه، ألا ترى /٩٥/ أنَّه لما كان حقاً للزوج، لم يجز أن يستحق العوض على استيفائه، بل يُستَحق عليه العوض، وإذا ثبت أنَّه ليس بحق لها، وجب أن يكون العجز عنه لا يوجب لها خياراً.

فإن قيل: لا خلاف أن الْمُولي مطالَب بالوطء، وهذا يعترض ما ذكرتموه.

قيل له: نحن إنَّما أنكرنا أن يكون الوطء مما يجب بعقد النكاح، فوجوبه بالإيلاء لا يعترض ما قلناه، على أنا لسنا نسلم أن الإيلاء يوجب الوطء على الإطلاق؛ لأنَّه عندنا يجب بشرط القدرة عليه، فإن عجز، كفاه أن يفيء بلسانه.

فإن قيل: فإنها لما تملّك عليها بضعها، وجب أن تملك هي المهر، وتستحقه استحقاقاً صحيحاً، وذلك لا يكون إلاّ بالوطء؛ لأن من الناس من لا يرى إيجاب المهر بالخلوة.

قيل له: عندنا أنها بالخلوة تستحق كمال المهر استحقاقاً صحيحاً، فالسؤال ساقط عنا.

فإن قيل: لا يكون ذلك الاستحقاق صحيحاً؛ لأنَّه من الجائز أن يترافعا إلى حاكم لا يحكم بكمال المهر في الخلوة.

قيل له: وما في ذلك مما يمنع كونها مستحقة لكمال المهر عندنا؟ على أن حاكماً لو

كان حكم لها بالخلوة بكمال المهر، لم يكن لحاكم غيره فسخ ذلك، وتكون هي قد استحقته استحقاقاً لا يصح الاعتراض عليه، ومع ذلك فإنكم تثبتون لها الخيار، فبان أن تعلقكم بذلك مما لا معنى له.

فإن قيل: فإنا لو لم نجعل لها الخيار، كنا قد أضررنا بها، لأنها لا تصل إلى الاستمتاع إلاَّ من جهة الزوج.

قيل له: هذا الاعتبار فاسد، لأنها إذا وطئت مرة واحدة، فالضرر الذي ذكرتموه قائم، ومع ذلك فإن عرضت لزوجها عِنة، لم يكن لها خيار.

مسألة: في إجبار المعسر على فراق زوجته

قال: وكذلك المعسر الذي يعجز عن النفقة لا يجبر على فراق زوجته.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]، وهو قول القاسم - عليه السلام - وأبي حنيفة وأصحابه. وقال الشافعي: يفرق بينهما، إن اختارت المرأة الفراق.

والدليل على ذلك قوله تعالى:﴿**وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ**﴾(الطلاق/٧) فبين تعالى حكم المعسر، وأنه ليس عليه إلاَّ ما آتاه الله، وأنه يجعل له بعد عسر يسراً، فدل ذلك على ما قلناه من وجهين:

أحدهما: أنَّه بيان حكم المعسر، ولم يذكر وجوب الخيار لزوجته، فوجب ألا يكون لها الخيار.

والثاني: أنَّه تعالى دل بهذه الآية أنَّه لا يكلفه إلاَّ ما آتاه[2]، فبان أنَّه ليس يلزمه ما عجز عنه، وإذا لم يلزمه ذلك، لم يفرق بينه وبين امرأته لذلك، كما لا يفرق بينه وبينها لعجزه عن سائر ما يلزمه.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾(البقرة/٢٢٩)، فإذا لم يمسك بمعروف، وجب أن يُسرح بإحسان.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٩٣ - ٤٩٤.

(٢) في (أ): آتاه الله.

قيل له: هو عندنا ممسك بمعروف إذا أمسك على حسب الطاقة؛ لأنَّه مؤد ما كُلِّف به [١]، على أن الظاهر لا تعلق لهم به، وذلك أنهم لا يخالفون في أنه لو لم يمسكها بمعروف مع القدرة على النفقة، لم يفرق بينهما، وإنما يوجبون التفريق للعجز، وليس في الآية ذكر العجز، ويدل على ذلك أنَّه لو عجز عن نفقة الموسر، لم يجب التفريق، كذلك إذا عجز عن النفقة [٢]، والمعنى حصول العجز عن الإنفاق، ولا خلاف أن المفقود عاجز عن الإنفاق، ولا يفرق بينه وبين امرأته، فكذلك الحاضر وإن عجز، والعلة حصول العجز عن الإنفاق، فوجب ألا يوجب التفريق، ويشهد لصحة ما ذهبنا إليه حصول سائر ما تستحقه المرأة من السكنى، والقَسْم، ونفقة الخادم، إن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها وتجب لها الخدمة؛ لأنَّه لا يجب أن يفرق بينها وبين الزوج، وإن عجز الزوج عنه، فكذلك النفقة، وعمدتهم في هذا الباب خيار العنة، ونحن لا نقول به، فلا يمكنهم الاعتماد عليه، وذكر ابن أبي /٩٦/ هريرة أن الزوج إذا عجز عن المهر بعد الدخول، فلا خيار للمرأة، قولاً واحداً [٣]، وهذا أيضاً يشهد لصحة ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: فالمشتري إذا أفلس والسلعة في يده قائمة بعينها، يكون للبائع الخيار في فسخ البيع، فكذلك العاجز عن النفقة.

قيل له: الثمن في مقابلة السلعة فإذا بطل الثمن، كان للبائع الرجوع فيه، وليس كذلك النفقة، لأنها ليست عوضاً من البضع، فلم يجب أن يكون سبيلها سبيل الثمن، على أن الأشبه بالثمن هو المهر، ولا يخالفون أن العجز عنه بعد الدخول لا يوجب لها الخيار، وإن كان ذلك عندهم قبل الدخول على قولين، فالأولى أن يكون العجز عن النفقة لا يوجب الخيار، على أن [٤] المهر أيضاً مفارق للثمن؛ لأن البيع لا يتم إلاَّ بالثمن، وفساد الثمن يقتضي فساد البيع، وليس كذلك المهر، لأن النكاح يثبت دونه، وفساده لا يوجب فساد النكاح.

---

(١) سقط من (ب) به.
(٢) في (أ): بعض النفقة.
(٣) أي للشافعي - رحمه الله -.
(٤) سقط من (أ) أن.

مسألة: في تدليس الولي على الزوج بامرأة معيبة

قال: ولو أن ولياً دلس بمعيبة على رجل، فتزوجها، ودخل بها، كان للمرأة عليه المهر، ورجع الزوج به على الولي.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١]، ونص فيه على أنَّه يلزم الولي إذا عرف العيب، ودلس، وهو[٢] قول مالك، وحكي عن ابن أبي هريرة أنَّه القول القديم للشافعي.

والأصل فيه: ما ذكره يحيى بن الحسين صلوات الله عليه في (الأحكام) [٣]، أن أمير المؤمنين - عليه السلام - رُفع إليه رجل له ابنة من امرأة عربية، وأخرى من عجمية، فزوج التي هي من العربية من رجل، وأُدخل عليه بنت العجمية، فقضى[٤] - عليه السلام - للتي أُدخلت عليه بالمهر، وقضى للزوج بالمهر على أبيها،؛ لتغريره، وقضى للزوج بزوجته[٥]، فبان بهذا وجوب المهر على الولي إذا غر.

وأخبرنا عبد الرحمن بن محمد الأبهري، قال: أخبرنا أبو الحسين محمد بن علي الصدفي، أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، أخبرنا أنس بن عياض، عن يحيى بن سعيد، سمعت سعيد بن المسيب يقول: إن عمر قال: أيما امرأة تزوجت، وبها جنون، أو جذام، أو برص، فدخل بها زوجها، ثُمَّ اطَّلع على ذلك بعد ما مسها، فيريد الخصومة فيها، أن لها صداقاً بمسيسه إياها، وأن ذلك على وليها[٦].

فلما ثبت ذلك عن علي - عليه السلام - وعمر، ولم يرو خلافه عن غيرهما، جرى مجرى الإجماع، على أن الخلاف في الصدر الأول كان على وجهين، كان[٧]

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٤ - ١٣٥.

(٢) في (ب): هو.

(٣) انظر: الأحكام ٤٠٤/١.

(٤) في (أ): فقضى عليٌّ.

(٥) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٢٩/٣.

(٦) أخرجه البيهقي ١٣٥/٧ والدارقطني ٢٦٦/٣ والنسائي في السنن الكبرى ٢٥٤/١ وابن أبي شيبة ٤٨٦/٣.

(٧) في (أ): لأن.

منهم من لا يوجب رد النكاح بالعيب، ومنهم من يوجب رده بالعيب، ويوجب للزوج الرجوع بالمهر على من غره إذا استحق عليه بالوطء، ولم يكن فيهم من يوجب الرد، ولا يوجب الرجوع بالمهر على الغارِّ، فإذا ثبت هذا [١] بما بيناه من وجوب[٢] الرد، ثبت وجوب الرجوع بالمهر على الغار؛ إذ لا فصل بينهما.

ومما يدل على ذلك أنَّه استحق بالمهر استدامة الاستماع على الصحة، فلما تعذر ذلك، ولزمه المهر، صار ذلك في حكم التالف، فوجب أن يضمنه الغارّ، دليله لو أتلف عليه غير ذلك من ماله، ولا خلاف أن المغرور بالأمة يرجع على من غره بقيمة الأولاد، إذا لزمته، فوجب أن يرجع بالمهر على من غره، والمعنى أنَّه مال وجب بسبب نكاح فيه تدليس، فوجب أن يلزم الغار بالمنكوحة.

فإن قيل: لا يجوز للزوج أن يستحقه على الغار؛ لأنه قد استوفى ما في مقابلته وهو الاستمتاع.

قيل له: قد بيَّنا أن الذي يستحقه هو استدامة الاستمتاع على /٩٧/ الصحة، وذلك مما لم يسلم له، فلا يصح قولكم: إنَّه قد استوفى ما هو في مقابلة المهر، على أن المغرور قد حصل له الأولاد، ولم يمنع ذلك من الرجوع بقيمتهم على الغار.

فإن قيل: متى جعلنا للزوج الرجوع بالمهر على الولي، حصل له الوطء من غير مهر.

قيل له: لا يلزم ذلك؛ لأنَّه قد استحقه على الزوج، والزوج إنَّما استحقه على الولي بوجه آخر، ألا ترى أنها لو أبرأته من المهر بعد استحقاقها إياه، جاز ذلك، ولم يجب أن يقال: إن الوطء حصل بلا مهر، وكذلك من زوَّج أمتَه عبدَه يجب مهرها، ثُمَّ يسقط، ولا يجب أن نقول: إن الوطء حصل[٣] بلا مهر، فبان سقوط هذا الاعتبار.

---

(١) سقط من (أ) هذا.

(٢) في (ب): ثبوت.

(٣) في (أ): تحصل.

باب القول في نكاح المماليك

مسألة: في استواء الحر والمملوك في عدد النكاح والطلاق

المماليك حكمهم في عدد النكاح والطلاق حكم الأحرار.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وذهب مالك، وأبو ثور، إلى أن العبد ينكح أربعاً مثل قولنا، وذهب عامة أهل العلم أنَّه لا ينكح إلاَّ اثنتين.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء/٣) فعم[٢] ولم يخص الخطاب عبداً من حر، فوجب أن يستوي فيه العبد والحر.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى في آخره[٣]: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، فدل ذلك على أن الخطاب للأحرار، إذ لا يجوز عندكم للعبد أن يطأ بملك اليمين.

قيل له: عن هذا جوابان: أحدهما: أنَّه لا يمتنع أن يكون صدر الآية عاماً، وعجزها خاصاً، وخصوص عجزها لا يمنع من عموم صدرها، فلا يمتنع أن يكون ما ذكرنا عاماً في الحر والعبد. والثاني: أن بعض أهل العلم تأول ذلك على أن المراد به نكاح ملك اليمين، وهذا غير ممتنع في العبيد.

فإن قيل: فقد روي أن هذه الآية نزلت في شأن قوم في حجورهم يتامى وأموالهم، وذلك حكم الأحرار، وهذا يمنع من دخول العبيد[٤] فيها.

قيل له: ورود الآية على سبب لا يمنع أن يعم مَن له سبب ومَن لا سبب له، ألا ترى أن نزول الآية فيمن كان على الصفة التي ذكرتم لا يمنع أن يدخل فيها سائر

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٨/١.

(٢) في (ب): يعم.

(٣) في (ب) أخرى.

(٤) في (أ): الأحرار.

الأحرار، وإن لم يكن في حجورهم شيء من أموال اليتامى، أو أحد من اليتامى؟ فكذلك العبيد لا يمتنع دخولهم فيها.

ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِيْنَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾(النور/٣٢)، فأباح لنا إنكاحهن، فلنا أن ننكحهم - أعني الأحرار والعبيد - حتى يمنع الدليل منه، وذلك بعد الأربع.

ومما يدل على ذلك أن العبد ممن أجيز له النكاح، فوجب أن يجوز له الجمع بين أربع، دليله الحر، وأيضاً وجدنا سائر الملاذ من المطاعم والمشارب وغيرهما قد سُوِّي في إباحتها بين الحر والعبد، فوجب أن نسوي بينهما في إباحة النكاح، والعلة أنَّه من جملة الملاذ.

فإن قيل: هذا ينتقض؛ لأن الحر يطأ بملك اليمين، وليس ذلك للعبد.

قيل له: هذا ليس ينتقض؛ لأن العبد لا يملك، فهو في حكم من ليس له ملك من الأحرار، فالتفرقة لم تقع في معنى الوطء، وإنما وقعت في معنى الملك، ويؤيد ما ذهبنا إليه أن أحكام العبيد مثل أحكام الأحرار في أصول النكاح وغيره، بل في سائر التكاليف، فوجب أن /٩٨/ تكون أحكامهم مثل أحكام الأحرار، وهذا أولى من رد ذلك إلى الحدود والقصاص؛ لأن أحكام النكاح بأحكام النكاح أشبه، على أن تنصيف أحكامهم لم توجد في معنى من المعاني، إلاَّ في بعض الحدود، فكان ذلك كالمخصوص من جملة الأصول، فوجب أن يكون القياس على غيره أولى، ألا ترى أن سائر الأحكام: إما ألا تصح منهم، وإما أن تستوي أحوالهم وأحوال الأحرار، كالاقتصاص منهم، وحد السرقة، ومقدار ما يُقطع فيه، وكسائر ما كُلِّفوا من الصلاة، والصيام، والحج، وافتقار نكاحهم إلى الولي، والشاهدين، والمهر، وغير ذلك، وإما ألا[1] تصح منهم بتة، كالتمليك، والإقرار بما في أيديهم، و النكاح بغير إذن الولي، والولاية في النكاح، والإمامة العامة، فلما كانت الأصول على ما وصفناه، وجب أن يكون حكمهم في عدد النكاح مثل حكم الأحرار. وأيضاً لا خلاف بيننا

(١) في (ب) وإما ما لا يصح.

وبين أبي حنيفة أن الإماء يجوز الجمع بين أربع منهن في النكاح كالحرائر، فوجب أن يكون للعبد الجمع بين أربع كالأحرار، والعلة أنّه العدد المعتبر في النكاح، فوجب أن يستوي مع الرق والحرية، على أن أبا حنيفة[١] يُجوِّز للعبد أن يطلق ثلاثاً إذا كان تحته حرة، فوجب أن يجوز له أن ينكح أربعاً، والعلة أنّه يطلق ثلاثاً، دليله الحر.

وقلنا: إنّه يطلق ثلاثاً، سواء كانت تحته حرة، أو أمة؛ لقوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**..الآية﴾ (البقرة/٢٢٩)، فدل سبحانه بذلك على أن الطلاق ثلاث تطليقات، و لم يخص أن يكون الْمُوقِع لها حراً أو عبداً، فوجب بعمومه أن يكون طلاق العبد ثلاثاً، كطلاق الحر.

ويدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني – رحمه الله – أخبرنا الحسين بن علي بن عبد الحميد القطان، حدثنا الحسين بن علي بن محمد الطنافسي، حدثنا إبراهيم بن موسى الفراء، حدثنا أبو ثور، وهشام – يعني ابن يوسف الصنعاني – عن مَعمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن عمرو بن مغيث، عن الحسن مولى بني نوفل، قال: سئل ابن عباس، عن عبد طلق أمة تطليقتين، ثُمَّ عتق، أيتزوجها بعد ذلك؟ قال: نعم. قيل: عمن؟ قال: أفتى بذلك رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –[٢]. فقد صرح بأنها لا تحرم عليه بتطليقتين، مع أنها أمة، فبان أنَّ له أن يطلقها ثلاثاً.

فإن قيل: فقد روي عن علي – عليه السلام – أنّه قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»، وروي مثله عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – [٣].

قيل له: يحتمل أن يكون قال ذلك في أمة بعينها قد طلقت مرة، وانقضت من

---

(١) في (أ): يقول يجوز.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٢٤٤/٧ والنسائي في السنن الكبرى ٣٥٩/٣ وأبو داود في السنن ٥٧/٢ وابن ماجة في السنن ٦٧٣/١ والطبراني في الكبير ٣٢٩/١٠ عن معمر به،وفيها عتقا بدل عتق، وفيها أيضا أبو الحسن مولى بني نوفل إلا في المصنف والسنن الكبرى فكما هنا،وقال في تهذيب التهذيب ٢٨٤/٢ بعد ذكر هذا الاختلاف: والصواب أبو الحسن .

(٣) أخرجه الحاكم ٢٢٣/٢ والترمذي ٤٨٨/٣ والدارمي ٢٢٤/٢ والدارقطني ٣٩/٤ وأبو داود ٢٥٧/٢ وابن ماجة ٦٧٢/١.

عدتها حيضة، وما ذكرناه من القياس والترجيح في أن العبد ينكح أربعاً يصح مثله في أنَّه يطلق ثلاثاً، فلا وجه لإعادته.

ويقال لأبي حنيفة: إذا كان العبد يطلق الحرة ثلاثاً، وجب أن يصح منه أن يطلق الأمة ثلاثاً، والمعنى أنَّه ممن يصح طلاقه.

ويقال لمالك: إذا كان العبد مثل الحر في عدد النكاح، وجب أن يكون مثله في عدد الطلاق، والمعنى أنَّه عدد حكم مباح يختص البضع.

مسألة: في عدة الأمة

وقلنا: إن عدة الأمة مثل عدة الحرة - وحكي نحوه عن صاحب الظاهر - لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوْءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨) ولم يخص أمة من حرة، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُوْنَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤) ولم يخص أمة من حرة، فأوجب عموم هاتين الآيتين استواء حال الإماء والحرائر في العدة.

ويدل على ذلك: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - أخبرنا أبو أحمد الأنماطي، حدثنا إسحاق بن إبراهيم /٩٩/ الصنعاني، أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن ابن المسيب، أن علياً - عليه السلام - قال في المطلقة: «يحل لزوجها الرجعة عليها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة، وتحل لها الصلاة»[1]، وهذا يعم الحرة والأمة.

وقد بينا تأويل ما روي عنه - عليه السلام - من قوله: «وعدتها حيضتان»، فلا غرض في الإعادة.

فإن قيل: كيف يسوغ لكم ذلك التأويل ومن مذهبكم بناء العام على الخاص؟

قيل له: نحن نوجب ذلك إذا كان يؤدي إلى إسقاط الخاص، فأما إذا أمكن فيه التأويل، فلا يجب ذلك فيه.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ٣١٥/٦.

ويدل القياس على ذلك، لأنها معتدة كالحرة، فوجب أن تكون عدتها كعدة الحرة، وسائر ما مضى من طريق الترجيح في النكاح والطلاق يتأتّى في العدة، فلا غرض في إعادته، ولأنها إذا كانت حبلى فعدتها عدة الحرائر بالإجماع، فكذلك إذا لم تكن حبلى، والعلة أنها معتدة.

مسألة: في الأمة المتزوجة إذا عتقت

قال: وإذا كانت الأمة تحت الزوج، ثُمَّ أعتقت، كان لها الخيار، إن شاءت، فسخت نفسها، وإن شاءت، أقامت معه، سواء كان الزوج عبداً، أو حراً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1] و(المنتخب)[2]؛ ونص عليه القاسم - عليه السلام - في (مسائل النيروسي) وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، قال الشافعي: لها الخيار إن كان الزوج عبداً، وإن كان حراً، فلا خيار لها.

والأصل في ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا أبو بشر الرقي، حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة قالت: كان زوج بريرة حراً، فلما أعتقت خيرها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فاختارت نفسها[3].

فإن قيل: فقد روي عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، قالت: كان زوج بريرة عبداً، ولو كان حراً، لم يخيرها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -[4].

قيل له: أما كونه عبداً، فلا إشكال فيه، وإنما الخلاف[5] في حاله وقت عتق زوجته بريرة، وقد ثبت أن الحرية تطرأ على الرق، وأن الرق لا يطرأ على الحرية في دار

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٩٩ - ٤٠٠.

(٢) انظر: المنتخب ٢٢٦.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٨٢.

(٤) أخرجه مسلم ٢/١١٤٣ والترمذي ٣/٤٦٠ وأبو داود ٢/٢٧٠ و الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٨٢.

(٥) في (ب): الخلاف فيه في حالة.

الإسلام، فلما روي عنها أنَّه كان حراً، فلما أعتقت، خيرها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وروي أنَّه كان عبداً، وجب أن يكون قولها كان عبداً إخباراً عن حالته التي كان عليها من قبل، وأنه كان حراً، في وقت عتق بريرة.

فأما ما روي: ولو كان حراً، لم يخيرها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فلا دلالة على أنَّه لفظ عائشة، ويحتمل أن يكون ذلك لفظ عروة، أو هشام، عن (عائشة)[1] فمن دونهما، فلا يصح التعويل عليه، وعلى هذا التأويل يحمل ما روي عن ابن عباس[2] أنه كان عبداً. على أن من صحت عبوديته إذا أخبر مخبر أنه صار حراً، فهو أولى من خبر من يخبر أنه عبد؛ لأن من أخبر بعبوديته أخبر بظاهر الحال، ومن أخبر بحريته، أخبر بأمر طارئ على العبودية، يكشف ذلك أن شهادتين لو وقعتا على هذا الحد، كانت شهادة الحرية أولى.

فإن قيل: روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال لها بعد عتقها: « إن شئت أن تمكثي[3] مع هذا العبد »[4] فسماه عبداً بعد عتق بريرة.

قيل له: يحتمل أن يكون [5] النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - سماه عبداً بعد الحرية على معنى أنه كان عبداً، كما قال - صلى الله عليه وآله وسلم - لبلال حين أذن قبل طلوع /١٠٠/ الفجر: « عد، فنادِ إن العبد نام »، وكان بلال حراً في ذلك الوقت.

وكما روي عن علي - عليه السلام - أنه قال لشريح: «ما تقول أيها العبد الأبظر» وشريح كان حراً، وإنما كان الرق جرى عليه في الجاهلية، فسماه بذلك.

---

(١) في (أ) و (ب): عن ابن عباس. وخطأه في (أ)، ونبه على ما أثبتنا، وهو عن عائشة في هامش (ب) وهو الصواب، حيث هشام وعروة لم يرويا عن ابن عباس في هذا الحديث، وإنما رواه عنه عكرمة، انظر شرح معاني الآثار للطحاوي ٨٢/٣.

(٢) في هامش (ب): عن عائشة، وفي (أ) و (ب) عن ابن عباس.

(٣) في (أ،ب): شئت تمكثين.

(٤) أخرجه البيهقي ٢٢٠/٧ والدارقطني ٢٨٩/٣ وأحمد ١٨٠/٦.

(٥) في (أ): أنه كان.

وعلى هذا يُتأول قول اللّه تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء / ٢)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « اليتيمة تستأمر »، على أنه لو لم يثبت أنه كان حراً، وثبت أنه كان عبداً، لم يكن له فيه حجة؛ لأن قضاء النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في شخص قضاء في الجميع، ولا يجب أن يميَّز فيه حر من عبد، أو عبد من حر، بل لا ينفصل المعنى فيه من أن يكون حراً أو عبداً في وجوب كون ذلك قضاء في الأحرار والعبيد، إلا أن تمنع الدلالة من ذلك، فبان أن الأمر لو كان على ما ذكر[1]، لكان يجب أن يثبت الخيار لكل معتقة تحت زوج، حراً كان الزوج، أو عبداً، ويكشف ذلك ما روي أن رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم - سها فسجد، فثبت حكماً في كل من سها في الصلاة،حراً كان أو عبداً، وما روي أن ماعزاً زنى فَرُجم، يجب أن يكون حكماً شاملاً للجميع، ولولا الدلالة، كان يجب أن يستوي فيه حكم الحر والعبد.

فإن قيل: لو كان الأمر فيه يستوي بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً، لم يكن لنقل أنه كان عبداً فائدة.

قيل له: لا يمتنع أن يكون الراوي يروي كثيراً من الأحوال، وإن لم يكن لها تأثير في الحكم، ألا ترى أنه روي أن بريرة أعتقت، وأن زوجها كان يسمى مغيثاً، ولا تأثير لكون المعتقة حرة مسماة بريرة، ولا لكون زوجها مغيثاً.

وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - مر بشاة لميمونة وهي ميتة، ولا يتغير الحكم بين أن تكون لميمونة أو غيرها، ولا بين أن تكون الميتة شاة أو غير شاة، ونظائره أكثر من أن تعد.

وروي أن زنجيا وقع في بئر زمزم، ولا فرق بين أن يكون الواقع زنجياً، أو رومياً، أو عربياً، أو عجمياً، على أنه لا يمتنع أن يكون الراوي اعتقد أن يكون زوجها عبداً فيه تأثير، فروى ذلك لاعتقاده.

---

(١) في (أ): ذكروا.

فإن قيل: روي عن القاسم عن عائشة أنها قالت: كان عندي غلام لي، تحته جارية لي، فأردت أن أعتقها، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « ابدئي بالرجل قبل المرأة »[1]، وهذا يدل على أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أمرها بذلك؛ لئلا يكون للمرأة الخيار في فسخ النكاح؛ إذ لا وجه له غير ذلك، ولو كان لها الخيار إذا أعتقت تحت الحر، بطلت فائدة الخبر.

قيل له: وأي غرض للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في ألا يحصل بتلك الصفة الخيار حتى يُحمل قوله على ذلك؟

فإن قيل: لأنه لا فائدة فيه متى لم يحمل عليه.

قيل له: يحتمل أن تكون الفائدة في ذلك فضل الرجال على النساء، ولقول الله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ (البقرة /٢٢٨)، وكما روي في حديث القسامة أن حويصة ومحيصة لما قدما[2] إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « الكِبَر الكِبَر » فأراد تقديم الأكبر لِمَا جُعل للأكبر من الفضل على الصغير[3].

ومما يدل على ذلك أنها ملكت بضعها وهي تحت زوج، فوجب أن يحصل لها الخيار في فسخ النكاح، دليله لو كانت تحت عبد، وهذه علة قوية تترجح على ما يعارضها؛ /١٠١/ لأنها علة منصوص عليها ؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: « ملكتِ بضعك فاختاري »[4]فجعل العلة الموجبة لخيارها[5] أنها ملكت بضعها من غير أن تملك هي ما قابله من المهر، وهذه العلة موجودة إذا كانت تحت حر، فوجب أن يحصل لها الخيار، ويقوي قياسنا أنا نراعي الأمر المتجدد، وهو العتق، وبه تعلق الحكم، وهو المجاور للحكم، فوجب أن يكون تعلق الحكم به أولى؛ لأنه يفيد شرعاً.

---

(١) أخرجه الحاكم ٢/٢٢٤ والبيهقي ٧/٢٢٢ والدارقطني ٣/٢٨٨ وأبو داود ٢/٢٧١.

(٢) في (أ): تقدما.

(٣) في (أ): الأصغر.

(٤) ذكره ابن عبد البر في التمهيد ٣/٥٧.

(٥) في (أ): لاختيارها.

فإن قيل: العلة فيها أن العبد ليس بكفؤ.

قيل له: هذا لا ينافي علتنا، فنقول بالعلتين، على أن الكفر يعتبر في حال العقد، كما أن عدم الطول إلى الحرة - عندنا، وعند الشافعي - يراعَى في حال العقد على الأمة، فلم يجب أن يكون معتبراً بعد ذلك.

مسألة: في خيار المعتقة إذا مكنت من نفسها

قال القاسم - عليه السلام -: فإن مسها برضاها، وقد علمت أن لها الخيار، بطل الخيار، فإن لم تعلم أن لها الخيار، ثم علمت، فهي على خيارها.

وهذا منصوص عليه في (مسائل النيروسي).

ووجه ما قلناه: أن تمكينها له من الوطء رضا منها باستدامة النكاح؛ لأن الوطء لا يجوز إلا في النكاح، فإذا مكَّنت من نفسها مع العلم بأن لها الخيار، فقد أظهرت الرضا باستدامة النكاح، فوجب ألا يكون لها بعد ذلك الخيار، وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في انقطاع خيارها، فذهب بعض الناس إلى أن ذلك على الفور، وقد ثبت أن ذلك ليس على الفور؛ لما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا صالح بن عبد الرحمن، حدثنا سعيد بن منصور، عن هشام[١]، أخبرنا خالد، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: لما خيرت بريرة، رأيت زوجها يتبعها في سكك المدينة ودموعه تسيل على لحيته، فكلم له العباسُ النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يطلبها له، فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « زوجك وأبو أولادك »؟ فقالت: أتأمرني به يا رسول الله؟ فقال: « إنما أنا شافع »، قالت: إن كنت شافعاً، فلا حاجة لي فيه، فاختارت نفسها[٢].

فدل ذلك على المهلة في أمر الخيار، إذ لو لم يكن كذلك، لم يصح مخاطبتها بغير تخييرها، وبعد أن كان زوجها يتبعها في سكك المدينة، وإذا ثبتت المهلة، فلا قول

---

(١) في (أ): هشيم.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٨٢،٨٣.

بعدها إلا القول بأن خيارها ثابت، إلى أن تمكن من نفسها على ما نص عليه القاسم - عليه السلام -.

وروي أيضاً في بعض الأخبار عن عائشة أنها قالت: قال رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « أنت أملك بنفسك ما لم يَمَسَّكِ »[١].

وقلنا: إنه إن مسها، و لم تكن علمت أن لها الخيار: إنها على خيارها؛ لأن التمكين يدل على اختيارها[٢] لاستدامة النكاح إذا علمت أن لها الخيار، فإذا لم تعلم ذلك، فلا يدل على أنها قد اختارت المقام معه، على أنه لا خلاف أنها (لو لم تعلم أنها)[٣] قد أُعتقت، فمكنت من نفسها، أن خيارها لا يبطل، فكذلك إذا علمت العتق، و لم تعلم أن لها الخيار، والعلة أنها لم تعلم حصول[٤] الخيار عند التمكين، فوجب ألا يُسقط ذلك خيارها، يكشف ذلك أن خيارها يسقط إذا تركته مع التمكن من الاختيار، ولا سبيل لها[٥] إلى ذلك مع فقد العلم بأن لها الخيار.

مسألة: في شرط صحة نكاح العبد

قال: ولا يصح نكاح العبد إلا بإذن مالكه، ولا فصل بين أن يرضى قبل العقد، أو بعده.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٦].

أما ما ذكرناه من أن نكاح العبد لا /١٠٢/ يصح إلا بإذن سيده، فلا خلاف فيه، وقد ذكرنا فيما مضى ما ورد فيه من الأخبار عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وعن أمير المؤمنين - عليه السلام - فلا غرض في إعادته.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ٢٧٧/٨.
(٢) في (أ،ب): خيارها.
(٣) ما بين القوسين سقط من (ب).
(٤) في (أ): بحصول.
(٥) في (أ، ب) له.
(٦) انظر: الأحكام ٣٥٤/١.

وما قلناه من أنه لا فصل بين أن يرضى قبل العقد، أو بعده، فالأصل فيه جواز النكاح الموقوف، وقد دللنا عليه فيما مضى، وبينا أن الإجازة من بعدُ تلحقه، وقد ذكرنا ما روى زيد بن علي - عليهما السلام - في الرجل الذي رافع عبده إليه، وقد تزوج بغير إذنه، فجعل - عليه السلام - لسيده فسخ نكاحه، فقال لعبده طَلِّق، فأمضى نكاحه؛ إذ الأمر بالطلاق يقتضي إجازة النكاح، فأغنى ذلك كله عن الإعادة.

مسألة: في مهر زوجة العبد وفي نكاح الحرة على الأمة

قال: وإذا تزوج العبد بإذن سيده حرةً، أو أمة، ولم يفرض لها مهراً، ثم طلقها قبل الدخول، فعلى سيد العبد المتعة لها، وإن كان فرض لها مهراً، وجب لها نصف الصداق. ولا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ولا بأس بنكاح الحرة على الأمة إذا رضيت به الحرة [١].

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) [٢].

ووجه ما ذهبنا إليه من أن المهر والمتعة يلزمان سيد العبد عنه إذا أذن له في التزويج: أن التزويج من منافع العبد، فسبيله سبيل أن يأمره بشراء ثوب يلبسه، أو طعام يطعمه، في أنه يلزم السيد ما لزمه منه، بعلة أنه جارٍ مجرى الكفاية للعبد، فإذا حصَّله العبد بإذن سيده مع الحجر، فوجب[٣] أن يلزم سيده، دليله ما ذكرناه.

فإن قيل: هلاً جعلتم ذلك في رقبته، كما جعلتم دين المأذون له في التجارة في رقبته؟

قيل له: الأذن في التجارة إنما هو رفع الحجر عن العبد، فيصير العبد فيه بمنزلة الحر في أن ما يلزمه لا يعدوه، وليس كذلك حاله في النكاح؛ لأن الحجر لم يرتفع

---

(١) في (أ): رضيت الحرة.

(٢) انظر: الأحكام ٣٤٢/١، ٤٧٥، وأما تنصيف المهر إن لم يدخل بها فإنه لم ينص عليه إلاَّ مجملاً، قال: (كل طلاق قبل دخول وقد سمى لها المهر فللمطلقة فيه نصف مهرها) انظر: الأحكام ٣٤١/١، ٤٢٤.

(٣) لعله وجب.

عنه، وإنما أُذنَ له في تحصيل كفاية لنفسه على ما بيناه، فيجب أن يلزمه عوض ذلك، على أن أبا حنيفة يقول: إنه يباع العبد فيه، إلا أن يفديه مولاه، وثمن العبد من مال سيده، فيقال: لا خلاف في القدر الذي يكون مثل قيمته أنه يلزم سيده، فكذلك ما زاد عليه، والعلة أنه مهر التزمه العبد بإذن سيده.

والشافعي يذهب إلى أنه إن كان مأذوناً له في التجارة، أُخِذ المهر مما في يده، وإن لم يكن مأذوناً له، فمن كسبه، وكل ذلك مال السيد، فيقاس ما زاد على ذلك بالعلة التي ذكرناها.

فإن قيل: هلاَّ قلتم: إنه يكون في ذمة العبد يطالَب به إذا عتق؟

قيل له: لأن الذي يحصل في ذمة العبد هو الذي يرضى صاحبه بذلك، كأن يبيعه شيئاً بغير إذن مولاه، أو يقرضه، وليس كذلك من تزوجته بإذن مولاه؛ لأنها لم ترضَ بكون الشيء في ذمته، فأشبه ذلك أن يباع من المأذون له شيء، أو يباع من المحجور عليه بشيء معين بإذن مولاه، في أن ذلك لا يكون رضا بكون الثمن في ذمة العبد، فكذلك مهر التي تتزوج به بإذن سيده، وإنما يجب ذلك لو كانت تزوجته بغير إذن سيده ظناً منها بأن ذلك جائز، ووطئها[1]، ونحن لا نأبى أن الحال إذا كانت هذه، يكون المهر ديناً في ذمته يطالَب به إذا عتق.

وما ذكرناه من أن الأمة لا يجوز تزوجيها على الحرة، وأن الحرة تتزوج على الأمة، مما لا أحفظ فيه خلافاً، وقد رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده[2]، وذكر يحيى بن الحسين - عليهم السلام - أنه مروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -[3].

وأما ما ذكره يحيى - عليه السلام - من رضا الحرة بذلك، فليس يتبين لي أنه

---

(١) في (أ): جائز وطؤها.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب نكاح العبيد والإماء.

(٣) ذكر الهادي في ذلك حديثين: قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: لا تتزوج أمة على حرة، والثاني قوله: إن تزوجت الأمة قبل الحرة ثم تزوجت الحرة بعد الأمة فنكاحهما ثابت .وروى البيهقي ٢٦٩/٧ والدارقطني ٣٩/٤ نحوا من ذلك.

جعله شرطاً في جواز العقد، وأوجب لها /١٠٣/ الخيار، وإن لم يكن عرفته، وليس يبعد عندي أن يكون ذلك قاله استحباباً.

ووجه من جعل ذلك موجباً لخيارها إذا عرفته بعد العقد - وهو الأظهر من كلام يحيى بن الحسين - عليه السلام - أن[1] موضوع النكاح على رفع الغضاضة عن المرأة، كذلك إذا زوجت من غير كفؤ بغير علمها، ثم علمت، ثبت لها الخيار، وكذلك إذا غُرَّت بعبد على أنه حر، كان لها الخيار، وقد علمنا أنها تلحقها الغضاضة بمقاسمة الأمة، فوجب أن يكون ذلك موجباً لها الخيار؛ لأنه نكاح تضمَّن الغضاضة للمنكوحة.

مسألة: في حكم أولاد الحر من الأمة

قال: وإذا تزوج الحر أمة، فأولدها، فالأولاد مماليك لسيد الأمة، إلا أن يشترط على سيدها أنهم أحرار، فيجب لهم ما شرط.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ولا خلاف أن الحر إذا تزوج أمة من غير اشتراط عتق الأولاد، أن الأولاد مماليك، وأن حكم الولد حكم الأم في باب الحرية والرق دون حكم الأب؛ إذ هم بعضها؛ وجارون مجرى العضو منها قبل الانفصال منها، فيحصل للولد حكمها في ذلك، فأما إذا اشترط على[3] سيد الأمة أنهم أحرار، فعندنا أنهم أحرار، وهو مذهب الإمامية، وأحد قولي الشافعي على ما سمعته من بعض أصحابه.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة /١)، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ (الإسراء/٣٤)، وقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « المؤمنون عند شروطهم ».

---

(١) في (أ): إذ.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٨.

(٣) في (أ): اشترط سيد.

ومما يدل على ذلك: أنه جار مجرى قول الرجل لأمته: ما ولدت من ولد، فهو حر، في أنه يجب أن [١] يكون أولادها أحراراً، فإن سلموا ذلك، لم يكن بينه وبين ما ذهبنا إليه فصل، وإن أبَوه، قيل لهم: لا خلاف أن الرجل إذا قال لأمته وهي حامل: ما تلدين، فهو حر،[أنه يكون حراً] فكذلك إذا قال وهي غير حامل، والعلة فيه أنه قال ذلك في مملوكته التي يصح تحريرها منه.

فإن قيل: العلة في ذلك أن التحرير توجه إلى غير موجود.

قيل له: هذا القدر لا يكون علة؛ لأنه ينتقض بملك الغير، فإن كان ذلك مضافاً إلى علتنا، وجب فساده؛ لأن طريقه إفساد القياس، وأيضاً ألا ترى أن قائلاً لو قال: علة الربا في الحنطة أنه مكيل بر، أو مأكول بر، كان ذلك سد باب القياس؟ فكذلك ما ذكروه.

فإن قيل: فإن هذا ينقض أصلكم؛ لأنكم تقولون لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل الملك، وهذا هو عتق قبل الملك.

قيل له: لا سواء؛ لأن الذي تناولهم التحرير مثل المملوك وفي حكمه؛ لكون الأصل ملكاً للمعتِق، وهي الأم، ألا ترى أن الصدقة لا تصح فيما لا يُملك، ثم لو ملك رجل نخلاً، صح أن ينفقه، ويتصدق بثمرته، وإن لم يكن خرجت؛ لأن الثمرة تصير في حكم المملوكة بكون الأصل مملوكاً وهو النخل.

ويدل على ذلك أنه لا خلاف في المغرور بالأمة أنه يكون ولده منها حراً، فكذلك ما اختلفنا فيه، والعلة أن الزوج دخل في النكاح على أن أولاده[٢] أحرار، وأنه دخل فيه على شرط ثبوته يقتضي أن أولاده[٣] من المنكوحة أحرار، والشافعي بمثل هذه العلة أوجب أنّ العبد إذا تزوج أمة على أنها حرة أن أولاده أحرار.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن ذلك وجب في ولد المغرورة؛ لأنه لم يرض باستيلاد الأمة؟

---

(١) سقط من (أ) يجب أن.

(٢) في (أ): الأولاد.

(٣) في (أ): أولادها.

قيل له: مثل هذا /١٠٤/ يصح[١] أن يقال في مسألتنا، وهو أنه لم يرضَ باستيلادها على وجه يجب أن يكون أولاده منها مماليك، فيجب أن يكونوا أحراراً، ويؤكد قياسنا أنه ناقل عن الأصل؛ لأن الأصل في أولاد المماليك من غير سيدهن أنهم مماليك، أو يقال: الحرية أقوى من الرق؛ لجواز طروء الحرية على الرق، وامتناع طروء الرق على الحرية في دار الإسلام، ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة في حر وعبد إذا وطئا أمة بشبهة، وادعيا الولد، أن دعوى الحر التي توجب حرية الولد أولى من دعوى العبد التي توجب رق الولد، فكل ذلك يوضح ما ذهبنا إليه ويقويه.

ومما يوضح ذلك أيضاً أن رجلاً لو أقر بعبد لا يملكه أنه حر، فإنه متى ملكه، وجب الحكم بتحريره، فكذلك ما اختلفنا فيه؛ لأن اشتراط مولى الأمة أنهم أحرار يجري مجرى الإقرار، فمتى ولدوا، وجب أن يكونوا أحراراً، ويكشف ذلك أيضاً ما ذهب إليه أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة فيمن تزوج امرأة على أمة، ثم وطئ[٢] الأمة، فأولدها، وادعى الولد، أن الولد يكون حراً، ولا يثبت نسبه؛ لأن ادعاءه تضمن الإقرار بحريته، فكذلك الاشتراط أنهم أحرار يتضمن الإقرار بذلك.

مسألة: في حكم أولاد العبد من الحرة أو الأمة

قال: وإذا تزوج العبد حرة، وأولدها، كان الأولاد أحراراً، ولو تزوج العبد أمة فأولدها، فالولد لمولى الأمة، فإن اشترط مولى العبد أن يكون الولد بينهما، كان الشرط باطلاً.

جميع ذلك منصوص عليه في (المنتخب)[٣]، نص فيه على أنه يستحب الوفاء بالشرط الذي جرى بين مولى العبد ومولى الأمة، وإن كان الحكم لا يوجبه[٤].

---

(١) في (أ): لا يصح.
(٢) في (أ): فوطئها.
(٣) انظر: المنتخب ١٣٥ - ١٣٦.
(٤) في (أ) لا يوجب.

جميع ما مضى في هذا الفصل مما لا خلاف فيه، إذ لا خلاف - على[1] ما بيناه- أن حكم الولد حكم الأم في الحرية والرق، ما لم يعرض أمر يقتضي خلافه، فوجب لذلك[2] أن يكون ولد الحرة من العبد حراً، ووجب أيضاً أن يكون ولد الأمة لمولى الأمة، دون مولى العبد؛ لأن حكمه - إذا كان حكم الأم في الرق والحرية - وجب أن يكون تابعها، وكالبعض منها، ولا خلاف أن اشتراط مولى العبد، ومولى الأمة، باطل؛ لأن ذلك كان شرط للأجنبي، ولو اشترط له، لم يلزمه الوفاء به، كذلك إذا اشترط مولى العبد.

وقلنا: إن الوفاء به يستحب؛ لأن الشروط جارية بين المسلمين يستحب الوفاء بها، ما لم يؤد إلى المآثم، فكذلك هذا الشرط، لقول[3] النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: « المؤمنون عند شروطهم ».

مسألة: في إفساد الملك للنكاح

قال: وإذا تزوج رجل أمة، ثم اشتراها قبل الدخول بها، فقد أفسد الملك النكاح، وليس إفساده إياه طلاقاً، وللمشتري أن يطأها بالملك، وليس لسيدها الأول أن يطالب زوجها بنصف صداقها الذي شرط لها، فإن أحب هذا الذي اشتراها أن يتزوجها، أو يزوجها، أو يهبها، أو يبيعها، كان له ذلك.

فإن كان حين تزوجها دخل بها، ثم اشتراها، فقد أفسد الملك النكاح، وله أن يطأها بالملك، وللذي باعها على المشتري الصداق كاملاً، وإن أراد المشتري أن يزوجها، أو يبيعها، لم يجز ذلك حتى تستبرئ بثلاث حيض.

جميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام)[4].

قلنا: إن من تزوج أمة، ثم اشتراها، فقد أفسد الملك النكاح؛ لأنه لا خلاف أن

---

(١) في (أ): فيما.

(٢) في (ب): ذلك.

(٣) في (أ): لقوله.

(٤) انظر: الأحكام ١/٣٦٨.

النكاح، وملْكُ أحد الزوجين من صاحبه، لا يجتمعان، وأن حصول الملك يمنع النكاح، وأن ورود الملك على النكاح يفسده، ولا فصل بين أن يملك أحدهما جميع صاحبه، أو شقصاً[1] منه، فيما ذكرناه، بعد أن يكون الملك ثابتاً، فلذلك قلنا: إن الزوج إذا اشترى /١٠٥/ زوجته، فسد النكاح بينهما؛ لأنه يكون قد تملكها[2].

وقلنا: إن فساد النكاح في ذلك لا يكون طلاقاً؛ لأن الأحوال المنافية للنكاح إذا عرض منها شيء فأفسد النكاح، لم يكن طلاقاً، نحو الردة، أو الإسلام[3]، أو الرضاع، فكذلك الملك.

وقلنا: إن للمشتري أن يطأها بالملك؛ لأنها صارت ملكاً له، وقد قال اللّه تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء /٣) ولا خلاف فيه.

وقلنا: إنه ليس لصاحبها الأول أن يطالبه بنصف الصداق إن كان اشتراها الزوج قبل الدخول بها؛ لأن مولاها لَمّا باعها منه، تعلق فسخ النكاح به، وصار مانعاً من البضع أن يوطأ بحق النكاح، فوجب أن يسقط المهر؛ لأن الفسخ هنا تعلق بمن يستحق المهر، كالتي ترتد، أو ترضع زوجها في الحولين.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن الفسخ وإن تعلق بمولاها حين باعها، فقد تعلق بالزوج أيضاً، فلا يجب أن يسقط المهر، كالخلع يتعلق بالمرأة، ولتعلقه بالزوج لا يجب أن يسقط المهر فيه؟

قيل له: الخلع عندنا طلاق، ولا تعلُّق له بالمرأة، وإنما يتعلق بها طلب الفرقة والإبراء مما يقع الخلع عليه، والبدل له، وشيء من ذلك ليس بطلاق، فلم يكن تعلق بالمرأة على وجه من الوجوه، فلم يجب ذلك أن يكون مسقطاً للمهر.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن تعلقه بالزوج يوجب ألا يُسقط المهر، وإن كان الأمر في الخلع على ما ذكرتم؟

---

(١) الشِّقص بالكسر: السهم والنصيب والشرك. القاموس المحيط ٥٧٤.

(٢) في (أ): ملكها.

(٣) في (أ): والإسلام.

قيل له: قد علمنا أن فسخ نكاح المرتدة له بالزوج بعض التعلق؛ لأن الزوج لو لم يُقِمْ على الإسلام، وارتد معها، لم تجب الفرقة، فيكون له بالزوج بعض تعلق، لكن تعلقه بالمرأة يوجب سقوط المهر، فكذلك ما ذكرناه.

وقلنا: إن للمشتري أن يهبها إن شاء، أو يزوجها، أو يبيعها؛ لأنه قد ملكها، فله أن يتصرف فيها بجميع تصرف المالكين فيها.

وقلنا: إن المشتري إذا كان دخل بها قبل أن يشتريها، استحق بائعها عليه المهر كاملاً؛ لأن الدخول يستحق به كمال المهر، فإذا حصل ذلك وهي في ملك البائع؛ استحق كمال المهر، ولم يسقط ما يعرض بعده، كما أنه لو طلقها بعد ذلك، أو ارتد أيهما كان، أو عرض أي وجه من وجوه الفسخ من قِبَله أو قِبَلها، لم يؤثر ذلك.

وقلنا: إن المشتري[1] إن أراد أن يزوجها، أو يبيعها، لم يكن له ذلك حتى تستبرئ بثلاث حيض؛ لأنها معتدة عن نكاح، وقد بينا فيما تقدم أن عدتها عدة الحرة سواء، فلذلك منعنا تزويجها من غيره حتى تعتد بثلاث حيض، فأما البيع، فيمنع منه، كما يمنع البائع من بيع من كان يطؤها من قبل الاستبراء، فإذا كان استبراء هذه بثلاث حيض، كما أن استبراء الموطوءة بملك اليمين حيضة، منعنا من بيعها قبل ثلاث حيض، كما تمنع الموطوءة بملك اليمين من بيعها قبل الحيضة الواحدة.

مسألة: في المرأة تملك زوجها العبد

قال: وإذا كانت الحرة تحت العبد فملكته، أو ملكت بعضه، بطل النكاح، فإن أعتقته، كان لهما أن يستأنفا نكاحاً جديداً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: ما بيناه من أنه لا خلاف في أن الملك يمنع النكاح، ولا فصل بين أن تملك الرقبة بكمالها، وبين أن تملك شقصاً منها، فإذا ثبت ذلك، صح ما قلناه من أن

---

(١) في (أ): للمشتري.
(٢) انظر: الأحكام ١/٣٧٥.

الحرة إذا ملكت زوجها، أو شقصاً منه، يطل النكاح.

وقلنا: إن لهما أن يستأنفا النكاح إذا أعتقته؛ لأنه إذا صار حراً، زال عنه ملكها، فصح منه نكاحها، كما يصح نكاح غيرها.

مسألة: في المكاتب يشتري زوجته

قال: ولو أن مكاتباً كان تزوج أمة قبل كتابته بأمر سيده، ثم اشتراها في حال كتابته قبل العتق، لم يبطل النكاح، فإذا أدى جميع ما كوتب عليه، /١٠٦/ فسد النكاح، وكان له أن يطأها بالملك.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: أن المكاتب لا يستقر ملكه ما لم يُعتَق، ولا يعتق إلا بأداء ما كوتب عليه؛ لأنه متى عجز عن أداء ما كوتب عليه، كان مردوداً في الرق، وقد علمنا أن الرق لا يطرأ على الحرية في دار الإسلام، فإذا لم يستقر ملكه، وكان موقوفاً، لم يبطل نكاحه؛ لأنه لم يملك زوجته ملكاً ثابتاً، وثبوت الملك هو المزيل للنكاح، فلهذا قلنا: إن نكاحه لم يبطل، وإن له أن يطأها بالنكاح، فأما إذا أدى ما كوتب عليه، فقد عتق بالإجماع، واستقر ملكه لما في يده، فصار مالكاً لزوجته، فوجب بطلان النكاح، فإذا بطل النكاح، وحصل الملك، جاز له أن يطأها بالملك.

مسألة: في إنكاح المملوكة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد

قال: ويجوز للرجل أن يزوج مملوكته، ومدبرته، وإن كرهتا، وليس له أن يزوج مكاتبته إلا برضاها، ويكون المهر للمكاتبة، وكذلك القول في أم الولد إذا أعتقها.

جميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام)[2].

قلنا: إن للمولى[3] أن يُكره مملوكته ومدبرته على النكاح؛ لقول الله تعالى:

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠١.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٩.

(٣) في (أ): للولي.

﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ (النور /٣٢)، فجعل سبحانه لنا إنكاح عبيدنا وإمائنا، و لم يشترط رضاهم، فوجب أن يكون ذلك جائزاً.

ويدل على ذلك أن وطء الأمة يملكه مولاها، فوجب أن يكون له تثبيت حق الغير فيه من غير اعتبار رضاها، كما أن له تثبيت حق للغير في سائر منافعها بالإجارة وغيرها، والعلة أنه منفعة يملكها مولاها منها من غير أن تكون هي فراشاً له.

فإن قيل: فالزوج أيضاً يملك وطأها، ومع ذلك ليس له أن يثبت فيه حقاً للغير.

قيل له: الزوج ليس بمالك لوطئها، وإنما له فيه حق الاستباحة، ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة، كان المهر للمولى دون الزوج، وإذا كان هذا هكذا، سقط هذا الاعتراض، على أنه لو كان مالكاً بضعها، لم يلزم على علتنا؛ لأنا اشترطنا فيها ألا تكون هي فراشاً له، فدل[1] ذلك على أن الأمة لا تملك من نفسها عقد النكاح مع صحته فيها، فوجب أن يملكه منها مولاها من غير اعتبار رضاها، دليله سائر التصرف من البيع، والإجارة، والهبة، يؤكد ذلك أن إقرارها بالدَين، لما لم تملكه، ملكه المولى منها، وإقرارها بما يوجب الحد، لَمَّا ملكته من نفسها، لم يملكه عليها مولاها.

وما ذكرناه من الآية والعلة الثانية يدلان على أن لسيد العبد أن يكرهه على التزويج، وكلامه في (الأحكام) محتمل في جواز إكراه المولى العبد على النكاح، وأبو العباس الحسني حكى عنه جواز ذلك في (النصوص)، وهو الأصح، وهو الصحيح عن أبي حنيفة على ما حكاه أبو الحسن الكرخي عنه، وأبو بكر الجصاص، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، قال الشافعي: ليس له أن يكره العبد على النكاح، وله أن يكره الأمة على ذلك، على أنه إذا لم يخالف في الأمة، أمكن أن يقاس العبد عليها، والعلة أنه شخص مملوك يصح تزويجه، فوجب ألا يكون رضاه معتبراً.

وأما المكاتبة، فقلنا: إنه لا يزوجها إلا برضاها؛ لأنها صارت بالكتابة في يد نفسها، وفي حكم المالكة لنفسها وأمرها، فلم يصح تصرف المالك فيها، كما لا يصح تصرفه

---

(١) في (ب): يدل.

فيها بالبيع، وعقد الإجارة، والهبة، ولم يجز أيضاً وطؤها، وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن يكون مهرها لها إذا زوَّجها برضاها، كما أن سائر منافعها وكسبها يكون لها.

وقلنا: إن أم الولد إذا عتقت[1]، لم يزوجها إلا برضاها، ويكون المهر لها؛ لأنها قد صارت حرة، فلم يبق لسيدها إلا حق الولاية، إذا لم يكن ولي أولى منه، فوجب أن يكون حكمها حكم سائر الحرائر.

مسألة: في إنكاح أم الولد

قال: ولا يجوز إنكاح أم الولد إلا بعد العتق.

وهذا مما قد نبه عليه في (الأحكام) [2]، وصرح به في (الفنون)[3]، وعامة الفقهاء ذهبوا إلى أن له إنكاحها.

ووجهه: أن لها فراشاً ثابتاً يوجب إلحاق النسب، فوجب ألا يجوز له إنكاحها إلا بعد انقطاع الفراش وحكمه، دليله المزوجة من الحرائر والإماء، يوضح ذلك أن الموطوءة بالشبهة لما صارت فراشاً، لم يجز /١٠٧/ إنكاحها إلا بعد انقطاع حكم الفراش، والموطوءة بالزنا لما[4] لم يصر لها فراشٌ، جاز إنكاحها في الحال من غير مراعاة حال يتعلق بالوطء.

وكذلك الأمة الموطوءة بملك اليمين، لما لم تصر بذلك الوطء فراشاً، جاز إنكاحها.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن العلة فيما ذكرتم أن المرأة لا يحل لها زوجان؟

---

(١) في (أ): أعتقت.
(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٩.
(٣) انظر الفنون ٤٤١.
(٤) سقط من (أ): لما .

قيل له: هذا هو الحكم، والعلة أنها لما صارت فراشاً لواحد، لم يجز أن تصير فراشاً لآخر إلا بعد انقطاع الفراش الأول وحكمه، على أنا لو جعلنا الموطوءة بالشبهة أصلاً، لسقط هذا الاعتراض؛ لأنها ليست متزوجة، ومع هذا لما ثبت فيها فراش لواحد، لم يجز أن ينكحها غيره إلا بعد انقطاع حكم ذلك الفراش، يؤكد ذلك أن أم الولد يتجاذبها حكم الرق، وحكم العتق، وقد ثبت أن حكم العتق أولى، لاشتماله على حكم الحظر في الشرع، لأن العتق يزيل[1] الرق، والرق لا يزيل العتق في دار الإسلام، فإذا ثبت ذلك، وكان[2] إنكاحها قبل استكمال الحرية إنكاحاً من غير اعتبار رضاها، وإنكاحها بعد العتق لا يثبت إلا برضاها، وكان نكاح الحرائر البالغات لا يكون إلا برضا منهن، وجب أن يكون النكاح الذي هو للحرائر أقوى، فكان القول به أولى، وأيضاً أصل المخالف هو الأمة، وكون الأمة أمة لا يختص بجواز نكاحها؛ لأن الحرة في ذلك كالأمة، وأصلنا هي التي تكون قد صارت فراشاً، وهي تختص بالمنع من إنكاحها، فصار أصلنا بفرعنا أخص من أصلهم بفرعهم، فوجب أن يكون قياسنا أولى.

ومما يدل على ذلك أيضاً أن أم الولد لا يجوز بيعها على وجه من الوجوه، فوجب ألا يجوز نكاحها إلا برضاها، دليله الحرة البالغة، و إذا ثبت أنه لا يجوز إنكاحها إلا برضاها، فلا قول بعده إلا قول من يقول: إنه لا يجوز إنكاحها إلا بعد العتق.

مسألة: في نفقة الأمة وأولادها إذا تزوجت

قال: وإذا تزوج الرجل أمة، كانت نفقتها على من اشترطت عليه، فإن لم تكن شرطت، كانت النفقة على الزوج إذا خلَّوا بينه وبينها، وليس لمواليها أن يمنعوها من زوجها، ومن المبيت عنده، ولهم أن يخرجوها من بلدهم إلى غيره، وكذلك لهم أن يبيعوها، فإن أولدها، كانت نفقة الأولاد على مولى الأمة، إلا أن تكون اشترطت على أبيهم، فإن كانت اشترطت على أبيهم، لزمته.

---

(١) في (أ): حكم الرق.

(٢) في (ب): فكان.

وهذا جميعه منصوص عليه في (المنتخب) [١]، ونص في (الأحكام)[٢] على نفقة الأمة إذا تزوج بها عبد أنها موقوفة على تسليمها إلى الزوج، فيجب أن يكون ذلك حكم الحر إذا تزوج بالأمة، وهو الأصح.

ووجهه: أن النفقة تستحقها المرأة باستدامة تسليمها نفسها إلى الزوج، وليست كالمهر تستحقه بتسليم مرة واحدة، يبين ذلك أنها إذا نشزت بعد التسليم، سقطت نفقتها، و لم يسقط مهرها، فإذا كان هذا هكذا، فهي متى سلمت إلى الزوج بحيث تختاره، لزمته نفقتها إن كان حراً، أو سيده إن كان عبداً، على ما بيناه في المهر، ومتى لم تُسَلَّم إلى الزوج، وإنما خلى بينه وبين وطئها فقط، فلا نفقة لها على زوجها، وهي على سيدها.

ووجه إيجابها بحسب الشرط: أن النفقة لما كانت تجب باستدامة التسليم، وكانت استدامة التسليم غير واجبة - إذ لا خلاف أن لهم أن يستخدموها، أو يبيعوها، ويسلموها من المشتري - لم يحكم بوجوبها على الإطلاق، ولما لم يحكم بوجوبها على /١٠٨/ الإطلاق، راعى فيه الشرط، و لم يجعل حكمها حكم الحرة؛ لأن الحرة يجب استدامة تسليمها، فإن لم يكن لهم في ذلك شرط، روعي فيه استدامة التسليم.

وقلنا: ليس لمواليها أن يمنعوها من زوجها، ومن المبيت عنده؛ لأنه قد ثبت له حق في وطئها، فلا بد من وقت يستوفي فيه حقه.

وقلنا: إن[٣] لهم أن يخرجوها من بلدهم إلى غيره، وكذلك لهم أن يبيعوها؛ لأن حقهم في استخدامها ثابت كما كان، ولهم مزية الملك لرقبتها، فكان لهم نقلها إلى بلد اختاروه، ووجب على الزوج اتباعها لاستيفاء حقه إن أراد ذلك.

وقلنا: إن لهم أن يبيعوها؛ لأن ملكهم لها باق كما كان، ولا خلاف فيه.

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٥.

(٢) انظر: الأحكام ٤٩٦/١.

(٣) في (ب): وقلنا لهم أن.

وقلنا: إنْ أولدها، لم تلزمه نفقة الأولاد؛ لأنهم مماليك لمولى الأمة، ولا حق له فيهم، فلم تلزمه نفقتهم.

وقلنا: إلا أن يشترطوا؛ لأنهم متى اشترطوا ذلك، جرى مجرى منفعة زائدة في المهر، ولا تفسدها الجهالة على ما بيناه في باب المهور.

مسألة: في نفقة امرأة العبد الحرة

قال: وإذا تزوج العبد حرة، فَسُوْفِرَ به، كان له أن يخرج زوجته، ونفقتها على مولى العبد، وكذلك إن اشتُرِيَ العبد، كانت نفقتها على المشتري، فإن أولدها، كانت نفقة الأولاد على الأم.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[1].

ووجهه: أن الحرة إذا تزوجت، وجب عليها تسليم نفسها على الاستدامة إلى الزوج، ولا حق فيها لغيره، وليس حكمها حكم الأمة؛ لأن سائر حقوق المولى في الاستخدام باقٍ عليها، فإذا كان ذلك كذلك، كان للعبد أن يخرجها إلى حيث يخرج، كما يجب عليها ذلك لو كانت تحت حر، فأما نفقتها، فتجب على مولى العبد؛ لأن المولى لما أذن له في النكاح، كان ذلك جارياً مجرى الضمان للمهر والنفقة على ما سلف القول فيه، وكذلك المشتري الثاني إذا اشتراه، ورضي بأن يكون متزوجاً، كان ذلك جارياً مجرى الضمان لنفقتها، كما أنه ضامن لنفقته.

وأما نفقة الأولاد، فإنها تلزم أمهم دون الأب ما دام عبداً؛ لأن وجوبها لا يتعلق بعقد النكاح، فلا يجب أن يضمنها سيد العبد، والعبد لا تلزمه حقوق الأموال، ما لم يكن منه إتلاف، أو ما يجري مجراه، فلذلك لم يلزمه، على أن نفقة الأولاد لا تلزم إلا بالوجدان، بدلالة أنها إذا فاتت، لم يطالبوا بها، وإذا كان ذلك كذلك، لم يصح أن يلزم العبد؛ لأن العبد لا ملك له.

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٥.

باب القول في معاشرة الأزواج

مسألة: في المقام عند البكر والثيب

إذا تزوج الرجل بكراً، أقام عندها سبعة أيام بلياليها، وإن تزوج ثيباً، أقام عندها ثلاثة أيام.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1]، وهو قول الشافعي، قال أبو حنيفة: إن فضّل واحدة منهن بذلك، أقام مثله عند كل واحدة من نسائه.

والأصل فيه: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن مرزوق، حدثنا أبو داود، حدثنا شعبة، عن خالد الحذّاء، سمعت أبا قلابة يحدث عن أنس، قال: من السُنة إذا تزوج بكراً، أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج ثيباً، أقام عندها ثلاثاً[2].

وأخبرنا المقري، قال حدثنا الطحاوي، حدثنا صالح، حدثنا هشيم، أخبرنا حميد، حدثنا أنس أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما أصاب صفية بنت حيي، واتخذها، أقام عندها ثلاثاً[3].

وأخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا /١٠٩/ يونس، أخبرنا سفيان، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن، قال: لما بنى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بأم سلمة، قال لها: «ليس بك [4] على أهلك هوان، إن شئتِ، سبَّعت عندك، وإلا فثلثت، ثم أدور»[5].

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٤/١.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٨/٣.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٨/٣.

(٤) سقط من (أ) بك.

(٥) في (أ): (إن شئت، سبعت لك، وإن سبعت لك، سبعت لسائر نسائي، وإن شئت، فثلثت ثم أدور).وما أثبتناه أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٨/٣، وما في (أ) أخرجه بسند آخر.

وفي بعض الأخبار « إن شئتِ، سبعتُ، وسبعت عندهن، وإن شئتِ، ثلثتُ، ثم درتُ »[١].

فقد دلت هذه الأخبار كلها على صحة ما ذهبنا إليه، وصرحت به؛ لأن أنساً قال: من[٢] السنة إذا تزوج البكر[٣]، أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الثيب، أقام عندها ثلاثاً، فدل ذلك على أن السبع حق للبكر، وأن الثلاث حق للثيب، ولم يذكر القضاء، وكذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إن شئت، سبعت لك، وإلا فثلثت، ثم أدور »،مع قوله: « إن شئت، سبعت لك، وسبعت عندهن » فيه دليل على أن الثلاث حق لها، لأنه ذكر القضاء مع السبع، وذكر الدور مع الثلاث، ففصل بين الأمرين.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد بقوله: للبكر سبع، وللثيب ثلاث، مع القضاء.

قيل له: هذا لا يصح؛ لأن المراد به لو كان مع القضاء، لم يكن لتخصيص البكر بالسبع، والثيب بالثلاث[٤]، فائدة؛ لأن من يقول بالقضاء لا يذهب إلى تخصيصها بذلك، بل يقول: له أن يخص كل واحدة منهما بما خص مع القضاء، وكذلك مقامه - صلى الله عليه وآله وسلم - عند صفية بنت حيي ثلاثاً يدل على أن ذلك حق لها، ولم يروَ القضاء، فثبت الحق، ولم يثبت القضاء.

فإن قيل: لو كانت الثلاث حقاً للثيب، لم يقل لأم سلمة: «إن شئتِ، سبعت لك، وسبعت عندهن»، بل كان - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول: سبعت لك، وربعت لهن؛ إذ الثلاث على قولكم حق لها.

قيل له: لا يمتنع أن يكون لها حقان على سبيل التخيير، ثلاث على الاختصاص، أو سبع مع القضاء، ويكون مزية حظها أنها المبتدأة بالسبع، على أن قوله - صلى الله

---

(١) أخرجه الطحاوي ٢٨/٣.

(٢) سقط من (ب) من.

(٣) في (أ): الرجل البكر.

(٤) في (ب): الثلاث.

عليه وآله وسلم -: « إن شئت، سبعت لك، وسبعت لهن، وإن شئت، ثلثت، ثم درت » يدل على أن الثلاث لها؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - فصل بين السبع والثلاث، وبيّن أن الثلاث لا توجب التثليث لغيرها.

فإن قيل: فقد قال اللّه تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَو حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾، فنبه على وجوب التسوية ما أمكن.

وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: « من كان له امرأتان، فمال إلى إحداهما دون الأخرى، جاء يوم القيامة وشقه مائل »[1].

قيل له: هذا مما كان ظلماً أو حيفاً، دون ما يكون حقاً للواحدة منهن، أو حقاً للزوج، ألا ترى انه لا خلاف[بيننا وبين أبي حنيفة][2]، في أن للرجل أن يسافر بمن شاء منهن، وأن يخص بالوطء من شاء منهن، وأن قسْم الأمة قاصر عن قسم الحرة، فإذا ثبت ذلك، وثبت بالأخبار التي بيناها أن السبع حق للبكر، وأن الثلاث حق للثيب، وجب أن تكون الأخبار مخصصة لما تعلقوا به من الآية والخبر.

فإن قيل: لما كانت مساوية لهن في النفقة، وبعد هذه القسمة في القسم، وجب أن تكون مساوية لهن في أول القسم، والعلة أنه من حقوق النساء.

قيل له: هذه العلة منتقضة بالإماء؛ لأنهن يساوين الحرائر في النفقة، ولا تساوي بينهن في القسمة، وأيضاً يجب التساوي بينهن في الحضر بعد ذلك، ولا يجب ذلك في السفر؛ إذ له المسافَرَةُ بواحدة منهن، وإن صحت لهم علة، أمكن أن تعارض، بأن يقال: هما امرأتان مختلفتا الحال في الحد، فوجب أن تكونا مختلفتي الحال في القسم، دليله الأمة /١١٠/ والحرة، ثم يقوي قياسنا باستناده إلى النصوص التي تقدمت، وبأنه ينقل ويفيد حكماً شرعياً.

---

(١) أخرجه أبو داود ٢٤٢/٢، والدارمي ١٩٣/٢، والبيهقي ٢٩٧/٧، والنسائي في السنن الكبرى ٢٨٠/٥.

(٢) في هامش (ب).

مسألة: في العدل بين النساء في المبيت

قال: ويجب على الرجل أن يسوي بين نسائه في لياليه وأيامه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، وذكر أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى- أن كلام القاسم - عليه السلام - في (مسائل ابن جهشيار) تدل على تفضيل الحرائر على الإماء إذا كن زوجات في القَسْم.

والأصل فيما ذكرناه: قول اللّه تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيْعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَو حَرَصْتُمْ.الآية﴾ (النساء/ ١٢٩) فنبه على التسوية.

وروي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه كان يعدل بين نسائه في القَسْم ثم يقول: « اللهم هذا قَسْمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك، ولا أملك »[٢]، يعني ميل القلب.

وروي عن الحسن، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « تنكح الحرة على الأمة، وللحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث ».

وروي عن علي - عليه السلام - نحو ذلك[٣].

مسألة: في المرأة تهب ليلتها

قال: ولو أن امرأة وهبت ليلتها لزوجها، أو لبعض نسائه، جاز ذلك، ولها أن ترجع فيما وهبت.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٤].

والدليل على ذلك قول اللّه تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً﴾ (النساء /١٢٩)، وروي أنها نزلت في مثل ذلك[٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٤١١/١.
(٢) أخرجه الحاكم ٢٠٤/٢ والدارمي ١٩٣/٢ والبيهقي ٢٩٨/٧ وأبو داود ٢٤٢/٢.
(٣) أخرجه البيهقي ٢٩٩/٧ والدارقطني ٢٥٨/٣ والنسائي ٢٢٦/١.
(٤) انظر: الأحكام ٣٧٤/١ - ٣٧٥.
(٥) أخرجه البخاري ٨٦٥/٢ ومسلم ٢٣١٦/٤ والحاكم ٦٨/٢ والبيهقي ٢٩٦/٧.

واحتج يحيى بن الحسين عليهما السلام بما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: أنه أراد أن يفارق سودة بنت زمعة، فسألته ألا يفارقها، ووهبت يومها لعائشة[١].

ويدل على ذلك: أن القَسْم حق لها لا يتعلق بغيرها على وجه من الوجوه، فصح فيه التصرف إلى غيرها.

وقلنا: إن لها الرجوع فيما وهبت؛ لأن ذلك هبة المنافع، وهو جارٍ مجرى العارية، فوجب أن يصح الرجوع فيه.

مسألة: في العزل

قال: ولا بأس بالعزل عن الحرة إذا لم يضارها، قال: وقال القاسم - عليه السلام-: إلا أن يكون بينهما مناكرة.

قال: ولا بأس بالعزل عن الأمة، وإن أنكرت.

ما ذكرناه أولاً منصوص عليه في (الأحكام) [٢]، وما حكيناه عن القاسم - عليه السلام - مروي عنه فيه.

وتحصيل ذلك: أن العزل عن الحرة يجوز بإذنها؛ لأن بإذنها يحصل ارتفاع المضارة والمناكرة.

ووجهه: ما روي عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، روى ذلك أبو بكر الجصاص بإسناده في (شرح المختصر) يرفعه إلى أبي هريرة.

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، حدثنا أحمد بن داود، حدثنا[٣] أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا حميد بن عبد الرحمن الرواسي، عن أبيه، عن أبي الزبير،

---

(١) أخرجه البخاري ٩١٦/٢ وأبو داود ٢٤٣/٢ والبيهقي ٢٩٦/٧.

(٢) انظر: الأحكام ٣٥٦/١، ٣٥٧.

(٣) في (ب): وحدثنا.

عن جابر، أن رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم - أذن في العزل[1]. فوجب أن يكون هذا الخبر محمولاً على الأمة لدلالة الخبر الأول.

وأيضاً أخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ربيع المؤذن، حدثنا أسد، حدثنا محمد بن حازم، عن الأعمش، عن سالم بن أبي الجعد، عن جابر، قال: أتى رسول اللّه صلى اللّه عليه وآله /١١١/ وسلم رجل من الأنصار، فقال: يا رسول الله، إن لي جارية تسقي على ناضح، وأنا أصيب منها، أعزل عنها؟ فقال رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « نعم »[2]. فأذن له رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم - في ذلك في الجارية، ولم يشترط أذنها، وأيضاً الحرة لها حق في الولد، فليس للزوج أن يمنعها التوصل إلى حظها إلا بإذنها، والأمة وإن كان له حق أيضاً في ولدها، فإن مولاها هو المستوفي لحقوقها، ولم يجب أن يكون لرضاها معتبر.

مسألة: في المرأة متى تصلح للجماع

قال: وللرجل أن يدخل بأهله إذا صلحت للجماع، ومعرفة ذلك إلى النساء، ولا معتبر بالسن. وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[3].

والأصل فيه: قول اللّه سبحانه: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ (البقرة /٢٢٣)، وقوله تعالى: ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ﴾ (البقرة /١٨٧) فأباح وطأهن، ولم يشترط سناً لهن دون سن، فوجب أن يجوز ذلك في جميع الأحوال إلا الأحوال التي تختصها الدلالة.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه دخل بعائشة ولها تسع سنين[4]، فهلاً جعلتموه حداً.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٣٥.

(٢) أخرجه الطحاوي ٣/٣٥ وفيه: تسير تستقي على ناضحي.

(٣) انظر: المنتخب ١٢٩.

(٤) أخرجه البخاري ٣/١٤١٥ والحاكم ٤/٥ والترمذي ٣/٤١٧ والنسائي في الكبرى ٣/٢٧٩ وابن ماجة ١/٦٠٤.

قيل له: ليس في الخبر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - جعل ذلك للتي لم يدخل بها حداً، وإنما يدل هذا على أن التي لها تسع سنين قد يجوز الدخول بها، وهذا مما لا نأباه، وأيضاً الوطء حق للزوج، فيجب أن يجوز له استيفاؤه متى أمكن، دليله لو كانت الزوجة بالغة، وأيضاً لو صلحت المرأة للجماع، فلا مانع يمنع[1] من استيفاء الرجل حقه من وطئها، فيجب أن يكون ذلك جائزاً كسائر الحقوق التي لا مانع من استيفائها.

وقلنا: إن معرفة ذلك إلى النساء؛ لأنه لا إشكال أنهن أعرف بهذه الحال من أنفسهن.

مسألة: في إتيان النساء في أدبارهن

قال: ويحرم على الرجال إتيان النساء في أدبارهن.

وهـذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]، وهو قول عامة الفقهاء من أهـل البيت - عليهم السلام- وغيرهم، وذهبت الإمامية إلى استباحة ذلك، وحكي مثله عن مالك.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ (البقرة /٢٢٢) فخصص، ولا قول مع التخصيص إلا ما قلناه.

وأخبرنا أبو بكر المقري، قال: حدثنا الطحاوي، حدثنا عبد الرحمن بن الجارود، حدثنا سعيد [بن عفير]، حدثنا الليث بن سعد، حدثني عبيد الله بن عبد الله بن حصين[3] الأنصاري، عن هرمز بن عبد الله الواقفي، عن خزيمة بن ثابت، عـن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا تأتوا النساء في أدبارهن »[4].

---

(١) سقط من (أ) يمنع.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٠٩ - ٤١٠.

(٣) في (أ): الحصين.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٤٤ وفيه حدثني عبيد الله بن عبد الله بن الحسين الأنصاري، عن حرمى بن عبد الله الوائلي.

وأخبرنا المقري، قال: حدثنا الطحاوي، حدثنا سليمان بن شعيب،[حدثنا الخصيب بن ناصح،حدثنا همام،عن قتادة،عن عمرو بن شعيب] عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « هي اللوطية الصغرى »، يعني وطء النساء في أدبارهن[١].

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا فهد، حدثنا أبو نعيم، حدثنا حماد بن سلمة، عن حكيم الأشرم، عن أبي تميمة، وهو الهجمي، عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « من أتى حائضاً، أو امرأة في دبرها، فقد كفر بما أنزل على محمد »[٢].

وحدثنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن أبي داود، حدثنا عبد الله بن يوسف، حدثنا إسماعيل بن عياش، عن سهل بن أبي صالح، عن محمد بن المنكدر، عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « إن اللّه لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في محاشهن »[٣] .

فهذه نصوص قد صرحت بما ذهبنا إليه، والأخبار في هذا كثيرة اقتصرنا على ما ذكرنا كراهية /١١٢/ للإطالة.

فإن قيل: فقد قال اللّه تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ (البقرة /٢٢٣)، وفي هذا إباحة القبل والدبر.

قيل له: ظاهر الآية لا يدل على ما قلتم؛ لأنه تعالى قال: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ والحرث هو موضع الزرع، ولا يُطلب الزرع إلا في القبل، على أنه قد ورد في ذلك ما كشف عن المراد به وهو: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، أخبرنا ابن وهب، أخبرنا ابن جريج، أن محمد بن المنكدر حدثه، عن جابر بن عبد اللّه، قال: إن اليهود قالوا للمسلمين: من أتى امرأة وهي مدبرة، جاء

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار ٤٤/٣ وما بين الحاصرتين منه.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤٥/٣ وفيه الأثرم بدل الأشرم.

(٣) أخرجه الطحاوي ٤٥/٣ وفيه سهيل بن أبي صالح .

ولده أحول، فأنزل اللّه تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ﴾، الآية، فقال رسول اللّه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « مقبلة ومدبرة، ما كان في الفرج »[١].

وأخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ربيع الجيزي، حدثنا أبو الأسود، أخبرنا ابن لهيعة، عن زيد بن أبي حبيب، أن عامر بن يحيى المعافري حدثه، أن حسين بن عبد اللّه الشيباني حدثه، أنه سمع ابن عباس يقول: إن ناساً من حِمْيَر أتوا إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يسألونه عن النساء، فأنزل اللّه تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾، مقبلة ومدبرة إذا كان في الفرج[٢].

فبان بما ذكرناه من الأخبار صحة ما قلناه.

وقد روي مثل قولنا عن كثير من الصحابة، و لم يُروَ خلافه عن أحد منهم، إلا عن ابن عمر، وقد اختلفت الرواية عنه في ذلك، وادُّعي الغلط على نافع في روايته ذلك عن ابن عمر، فكأنه لم يُرو عنه شيء،وثبت مثل قولنا عن غيره، فجرى مجرى الإجماع، فلم يجز القول بخلافه.

مسألة: في نظر الزوج إلى فرج زوجته وإتيان المرأة من دبرها

قال القاسم - عليه السلام -: لا بأس لكل واحد من الزوجين أن ينظر إلى فرج صاحبه.

قال: ولا بأس للرجل أن يأتي المرأة في فرجها مقبلة ومدبرة.

ما حكيناه أولاً عن القاسم - عليه السلام - منصوص عليه في (مسائل عبد اللّه بن الحسن).

وما حكيناه عنه ثانياً منصوص عليه في (مسائل النيروسي) عنه.

ووجه ما قلناه من أنه لا بأس لكل واحد من الزوجين أن ينظر إلى فرج صاحبه:

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٤١.

(٢) أخرجه الطحاوي ٣/٤٣ وفيه: عن يزيد بن أبي حبيب أن عامر بن يحيى المعافري حدثه أن حنش بن عبد الله حدثه..الخ.

أنه ضرب من المباشرة والإفضاء، قال الله تعالى: ﴿فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ﴾ (البقرة /١٨٧)، وقال: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ (النساء /٢١)، ولأنه أحد الاستمتاعين، فإذا أبيح له[١] الأعلى، فالأدنى أولى بذلك.

وقلنا: إن للرجل أن يأتي أهله مقبلاً ومدبراً في الفرج؛ لما قدمناه من الأخبار في هذا الباب.

وأخبرنا بذلك - أيضاً - أبو الحسين البروجردي، حدثنا أبو القاسم البغوي، حدثنا علي بن جعدة، أخبرنا سعيد[٢] بن محمد بن المنكدر، قال: سمعت جابر بن عبد الله يقول: قالت اليهود: إذا أتى الرجل أهله باركة، كان ولدها أحول، فأنزل الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ..﴾ الآية، ولأنه أيضاً من المباشرة والإفضاء على ما قلناه قبل هذا.

مسألة: في الستر أثناء الجماع

قال: ويكره للرجل والمرأة ألا يكون عليهما عند المجامعة ما يسترهما من ثوب وغيره، وكذلك يكره للرجل أن يجامع أهله وفي البيت غيرهما.

قال القاسم - عليه السلام -: إلا أن يكون ذلك عند الضرورة، فلا بأس إذا لم يُفطن بحالهما، واجتهدا في إخفاء أمرهما.

ما ذكرناه أولاً منصوص عليه في (الأحكام)[٣]، وفي (مسائل النيروسي).

أما التكشف، فمكروه في جميع الأحوال، إلا من ضرورة، هذا إذا /١١٣/ لم يره أحد، فأما إذا رآه أحد من البالغين غير حرمته، فإنه حرام، إلا من ضرورة، قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « نهيت أن أمشي وأنا عُريان »[٤] فكان ذلك عند الجماع أولى.

---

(١) سقط من (ب) له.

(٢) كذا في النسخ والصواب حدثنا شعبة عن محمد بن المنكدر لأنه هو الذي يروي عن جابر كما في الحديث السابق وكما في كتب الحديث والله أعلم.

(٣) انظر: الأحكام ٤١٢/١ - ٤١٣.

(٤) أخرجه البزار ١٩٥/٤.

وما ذكرناه من أنه يكره أن يجامع الرجل أهله وفي البيت غيرهما لا خلاف فيه، قال يحيى - عليه السلام -: وبلغنا أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى أن يجامع الرجل أهله وعنده أحد حتى الصبي في المهد[1].

ووجه ما ذكرناه عن القاسم - عليه السلام - هو أن أحوال الضرورات مستثنيات من الكراهات في سائر المواضع، فكذلك في هذا الموضع.

مسألة: في إتيان الرجل زوجته بعد موت ولدها من غيره

قال: وعلى الرجل إذا كانت له زوجة ولها ولد من غيره، فمات، أن يقف عن مجامعتها حتى يعلم أنها حبلى أم لا، هذا إذا لم يكن للميت من يحجب الإخوة من الأم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [2].

ووجهه: أنه إذا مات ولدها، فمتى كان في بطنها ولد، ورثه، وإن حصل العلوق بعد موته، لم يرث، فقلنا: إنه يقف عن مجامعتها ليزول الالتباس في ذلك، وينكشف الأمر، ويَبين الوارث ممن ليس بوارث، هذا إذا لم يكن للميت أب، ولا أب أب، ولا ولد، ولا ولد ولد، فأما إذا كان أحد من هؤلاء، فلا يجب التوقف، لأن الأخ من الأم لا يرث مع هؤلاء، فسواء كان في بطن أم الميت ولد، أو حصل الولد بعد موته، فهو سواء، فلا غرض في التوقيف.

قال يحيى - عليه السلام -: وبلغنا عن أمير المؤمنين، وعن الحسن بن علي، أنهما أمراه بالتوقف إذا كان الحال ما ذكرناه.

مسألة: في أقل الحمل وأكثره

قال: وأقل الحمل ستة أشهر، وأكثره أربع سنين .

ما ذكرناه من أن أقل الحمل ستة أشهر، منصوص عليه في (الأحكام)[3] و(المنتخب) جميعاً، وما ذكرناه من أن أكثره أربع سنين منصوص عليه في (المنتخب)[4].

---

(١) أخرج البيهقي نحوه ١٩٣/٧.

(٢) انظر: الأحكام ٣٩٠/١.

(٣) انظر: الأحكام ٣٦٦/١.

(٤) انظر: المنتخب ١٤٦.

أما ما ذكرناه من أن أقل الحمل ستة أشهر، فمما لا أحفظ فيه خلافاً بين العلماء.

وورد فيه: ما أخبرنا به أبو الحسين بن إسماعيل، حدثنا الناصر، حدثنا الحسين بن يحيى بن زيد، حدثنا إبراهيم بن محمد[١] بن ميمون، عن محمد بن[٢] فضيل، عن أشعث، عن أبيه، عن رجل، عن عمر أنه أُتِيَ بامرأة قد حبلت، ووضعت حملها في ستة أشهر، فَهَمَّ بها، ثم قال: ادعوا لي علياً، فقال: ما ترى في هذه المرأة؟ قال: ما شأنها؟ فأخبره: قال: إن لها في كتاب الله تعالى عذراً ثم قرأ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً﴾، فكأن عمر لم يقرأها[٣].

وأما أكثر الحمل، فقد اختلف فيه، فذهب أبو حنيفة إلى أنه سنتان، وقال الشافعي: فيه مثل قولنا.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿اللهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَى وَمَا تَغِيْضُ الأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ﴾ (الرعد /٨) فأخبر سبحانه أن الأرحام تغيض وتزداد، و لم تقتصر الزيادة والنقصان على وقت، فالأوقات فيهما على سواء إلا ما منع منه الدليل، ولا دليل على وقت يتعذر امتداد الحمل إليه إلا بعد أربع سنين، فيجب أن يكون أقصاه أربع سنين.

فإن قيل: إذا كان طريق إثبات أكثر الحمل التوقيف، أو الاتفاق، ولا توقيف، ولا اتفاق إلا في سنتين، فيجب أن يكون ذلك أقصى الحمل.

قيل له: إن التوقف والاتفاق يُحتاج إليهما لقطع الجواز، إذ الجواز قائم في العقول، وكذلك دلالة الآية، ولا اتفاق على قطع الجواز إلا بعد أربع سنين، فوجب أن يكون أكثر الحمل ما قلناه، يبين ذلك أن الدلالة قد دلت على أن لبث الجنين[٤] في بطن أمه إنما يكون باختيار القديم تعالى دون إيجاب الطبيعة، فإذا ثبت ذلك، فمن الجائز أن /١١٤/ يختار لبثه في بطن الأم سنتين، وأربع سنين، وعشرين سنة، وأقل، وأكثر، وليس بعض السنين في ذلك بأولى من بعض، فلو خلينا وما في العقل، لجوزنا أن يزداد

---

(١) في(ب) إبراهيم بن ميمون.

(٢) في (ب): عن.

(٣) أخرج البيهقي نحوه ٤٤٢/٧.

(٤) في (أ): الحمل.

أقصى الحمل على أربع سنين، إلاَّ أن الاتفاق منع منه، فوجب أن يكون ما دونه على الجواز، وكذلك القول في أقل الحمل، لأنا لو خلينا وما في العقل لجوزنا أن يكون أقل الحمل ساعة فما فوقها، وقد روي أن عيسى - عليه السلام - لبث في بطن أمة ثلاث ساعات، لكن لما حصل الاتفاق على قطع جواز الولادة في أقل من ستة أشهر، قلنا به، وكذلك أكثره.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن العلم الحاصل بالعادة أصل يُعمل به، ويُرجع إليه، وقد علمنا من طريق العادة أن الحمل لا يبقى أربع سنين؟

قيل له: سبيل أربع سنين من طريق العادة هو سبيل السنتين، لأن العادة المعلومة لم تجر بأن النساء يضعن في حولين، كما لم تجر بأن يضعن في أربع سنين، وإنما العادة المشهورة في هذا الباب تسعة أشهر، حتى أن كثيراً من الأطباء لا يُجوِّز أن يبقى الجنين في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر، وإذا صار هذه هكذا، صار حكم الأربع السنين، وحكم سنتين، في ذلك سواء.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن العادة إذا جرت بأن مدة الحمل يجب أن تكون تسعة أشهر، فلا سبيل إلى إثبات الزيادة عليها إلاَّ شرعاً، ولا اتفاق إلاَّ على سنتين، فيجب أن يكون ذلك أكثر الزيادة؟

قيل له: إن أردت بالعادة ما تكون مستقرة حتى يكون نقضها جارياً مجرى الإعجاز، فإن الزيادة لا تجوز عليها إلاَّ في زمان الأنبياء - عليهم السلام - ويكون سنتان فيه كالأقل والأكثر في أنَّه لا يجوز، وإن أردت العادة التي لا يكون استقرارها هذا الاستقرار، وإنما يكون الأشهر الأكثر، فإن الزيادة عليها جائزة، وقليل الزيادة كأكثرها حتى يمنع منها الدليل كما بينا في أول كلامنا، وقد روى أن محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن - عليهم السلام - لبث في بطن أمه أربع سنين، وروي أن منظور بن زبان جد الحسن بن الحسن أبو أمه أنَّه[1] ولد لأربع سنين حتى قيل فيه:

وما جئت حتى آيس الناس أن تجي فسميت منظوراً وجئت على قدر

---

(١) الأصوب حذف أنه.

مسألة: في واجبات كل من الزوجين تجاه الآخر

قال: ويجب للمرأة على الرجل أن يكفيها الأمور الخارجة عن المنـــزل، ويجب للرجل عليها أن تكفيه خدمة المنـــزل.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، قال يحيى بن الحسين عليهما السلام بلغنا عن[٢] رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قضى على فاطمة بخدمة البيت، وقضى على علي - عليه السلام - بإصلاح ما كان خارجاً، والقيام به[٣]، ولأن ذلك من المواساة والتعاون على الخير، ولا خلاف أن الرجل يلزمه إيصال النفقة والكسوة إليها في المترل.

وروي في المرأة: ما أخبرنا به أبو سعيد الأبهري، حدثنا محمد بن علي الصدفي، أخبرنا يونس، قال: أخبرنا أنس بن عياض، عن سعيد بن إسحاق، عن محمد بن كعب القرظي، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن امرأة قالت: إني أفعل لزوجي كذا وكذا، وأفعل به، وذكرت حسن صنيعها إليه، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لو سال من منخريه الدم والقيح، ثُمَّ لحسته، ما أديتِ حقه »، قال القرظي: وقال - صلى الله عليه وآله وسلم-: «كيف صنيعك بزوجك؟» فذكرت له أشياء حسنة، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم-: «أصبتِ، إنَّما هو جنتك ونارك».

/١١٥/ وروي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها »[٤].

مسألة: في النظر إلى المخطوبة وبيان حكم الوجه

قال: ولا بأس للرجل إذا أراد أن يتزوج امرأة أن ينظر إلى وجهها نظرة، ووجهها ليس بعورة.

---

(١) انظر: الأحكام ٤١٢/١.

(٢) في (أ): أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/٦ وهناد في الزهد ٣٨٦/٢.

(٤) أخرجه الحاكم ٢٠٦/٢ والبيهقي ٢٩١/٧ والنسائي ٣١٢/٥.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١].

والأصل في ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن أبي دواد، حدثنا سعيد بن سلميان، عن زهير بن معاوية، حدثنا عبدالله بن عيسى، عن موسى بن عبدالله بن يزيد، عن أبي حميد - وقد كان رأى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إذا خطب أحدكم امرأة، فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنَّما ينظر إليها للخطبة، وإن كانت لا تعلم »[٢].

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن أبي داود، حدثنا الوهبي، حدثنا إسحاق بن داود[٣] بن الحسين، عن واقد بن عمرو بن سعد بن معاذ، عن جابر بن عبد الله أنَّه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إذا خطب أحدكم المرأة، فقدر على أن يرى منها ما يعجبه، فليفعل »، قال:فلقد خطبت امرأة من بني سلمة، فكنت أتخبأ في أصول النخل حتى رأيت منها ما يعجبني، فخطبتها[٤].

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال لعلي - عليه السلام -: « يا علي لا تُتْبِعِ النظرة النظرة، فإنما لك الأولى، وليس لك الثانية »[٥]، وروي عنه أيضاً أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - سئل عن نظرة الفجاءة فقال: « اصرف بصرك »[٦]، فقد عارض هذا ما اعتمدتم.

قيل له: خبرنا يخص موضع الخلاف، وهو مفسر، وهو أولى، وما ذكرتم من الحديث محمول على أن المراد إذا كان الناظر لا يريد الخطبة، وأراد أمراً محظوراً، على أن الوجه إذا لم يكن عورة، جاز النظر إليه، إذا لم يُرِد بالنظر ما ذكرناه، وكان مريداً

---

(١) انظر: الأحكام ٣٦٣/١، ٣٦٤.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٤/٣.

(٣) في (أ): بن أبي داود.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٤/٣ وفيه حدثنا ابن إسحاق، عن داود بن الحصين، وهو كذلك في سنن أبي داود ٢٣٥/٢.

(٥) أخرجه ابن حبان ٣٨١/١٢ والحاكم ٢١٢/٢ والترمذي ١٠١/٥ وأبو داود ٢٤٦/٢ والدارمي ٣٨٦/٢ وابن أبي شيبة ٦/٤.

(٦) أخرجه مسلم ١٦٩٩/٣ وابن حبان ٣٨٣/١٢ والحاكم ٤٣١/٢ والطبراني في الكبير ٣٣٧/٢.

للخطبة، ويبين أنَّه ليس بعورة أنَّه لم يؤخذ على المرأة ستر الوجه في الصلاة، ولو كان الوجه عورة، لوجب عليها ستره في الصلاة، إذ لا خلاف أن ستر العورة واجب فيها عليها، ويدل على ذلك أن المحرمة يلزمها كشف وجهها، فلو كان الوجه عورة، لم يجز لها كشفه، كما لا يجوز كشف سائر العورات.

فإن قيل: فهل تقولون: إن النظر إلى الوجه من المرأة مباح على الإطلاق؟

قيل له: لا نقول ذلك، وإنما نبيح النظر إليها للتزويج، أو للشهادة عليها، أو لغير ذلك من الضرورات، متى لم يضامَّ النظر إرادة المحظور، ويجب على الإنسان أن يتوقى الأمور التي لا يأمن معها الوقوع في المآثم، وقد روي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلا يُبْدِيْنَ زِيْنَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (النور /٣١)، هو الوجه والكفان[١].

مسألة: فيما يستحب ويكره في الأعراس

قال: ويكره ضرب الدف، وسائر الملاهي، عند العروس وغيره، ويستحب إظهار النكاح، واتخاذ الولائم عليه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

أما كراهة الدف، وسائر الملاهي، فلقول الله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ من يَّشْتَرِيْ لَهْوَ الْحَدِيْثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيْلِ اللهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ..الآية﴾ (لقمان/٦)، وقد روي في التفسير أن المراد به الغناء[٣]، ولأنه من شعار الفاسقين، دون شعار أهل/١١٦/ الدين، ويدل على ذلك قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: « نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين: صوت عند النعمة، لهو ولعب ومزامير شيطان، وصوت عند المصيبة »، وقد ذكرنا الحديث بإسناده في كتاب الجنائز.

فإن قيل: روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنَّه سمع صوت دف في عرس بعض الأنصار فلم ينكر، وقال: ما هذا؟ فقالوا النكاح، فقال – صلى الله عليه

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره ٢٢٩/١٢ والطبري في تفسيره ١١٨/١٨.

(٢) انظر: الأحكام ٣٦٨/١.

(٣) أخرجه عن الحاكم ٤٤٥/٢ والبيهقي ٢٢١/١٠ والطبري في التفسير ٦١/٢١ والقرطبي في التفسير ٥١/١٤ عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وغيرهم.

وآله وسلم -: « أشيدوا النكاح »[١].

قيل له: يحتمل أن يكون ذلك كان لا على طريقة الغناء والتطريب، وأنه كان كالعلامة في النكاح.

وقلنا: إنَّه يستحب الإظهار، و[أن]تُتخَذ الولائم؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - (أشيدوا بالنكاح)، ولما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - من النهي عن نكاح السر.

وروى أبو داود في (السنن)، عن أنس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج: « أولِم ولو بشاة »[٢].

وروى عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم-: « إذا دعي أحدكم إلى الوليمة، فليأتها، فإن كان مفطراً، فليطعم، وإن كان صائماً، فليدع »[٣].

مسألة: في خطبة المسلم على خطبة أخيه

قال: ولا يجوز أن يخطب الرجل على خطبة أخيه بعد المراضاة، فأما قبلها، فلا بأس به.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٤]، ومروي فيه عن القاسم - عليه السلام -.

والأصل فيه: ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا إبراهيم بن أبي داود، حدثنا مسدد، حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيدالله بن عمر، حدثنا نافع، عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه »[٥].

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ٢٢/٢٠١ .
(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٤٢.
(٣) أخرجه في السنن ٣/٣٤٠.
(٤) انظر: الأحكام ١/٢٦٧، ٢٦٨.
(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٣.

وأخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا علي بن سعيد، حدثنا عبيد بن بكير، حدثنا هشام بن حسان، عن محمد، عن أبي هريرة، عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنَّه قال: « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه »[١]، فكان ذلك دالاً على أنَّه لا يحل للرجل أن يخطب على خطبة أخيه على وجه من الوجوه. ثُمَّ روي ما دل على أن المراد به بعد المراضاة، وذلك لما[٢] أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، حدثنا ابن وهب، أن مالكاً أخبرهُ عن عبد الله بن يزيد - مولى الأسود بن سفيان - عن أبي سلمة، عن عبد الرحمن بن عوف، عن فاطمة بنت قيس، قالت: لما حللت، أتيت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان، وأبا جهم، خطباني، فقال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « أما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية، فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة بن زيد ». قالت: فكرهته، ثُمَّ قال: « انكحي أسامة » فنكحته، فجعل الله تعالى فيه خيراً، واغتبطت به[٣]، فلما خطبها - صلى الله عليه وآله وسلم - بعد خطبة معاوية و أبي جهم، علم أن المكروه من ذلك أن يخطب الرجل على خطبة أخيه بعد المراضاة بينها وبين الخاطب الأول، فأما قبلها فغير مكروه.

وروى أبو جعفر بإسناد تركت ذكره للتخفيف، عن أنس، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد[٤]، فكان ذلك أيضاً دالاً على ما قلناه من أن المكروه من السوم والخطبة ما يكون بعد تراضي المتساومين والمتخاطبين.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٤ وفيه: حدثنا علي بن معبد، حدثنا عبد الله بن بكير.
(٢) كذا ولعل الصواب ما.
(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٥ وفيه عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف.
(٤) أخرجه في شرح معاني الآثار ٣/٦.

باب القول في الإماء

مسألة: في وطء الأمة المشتركة

قال: إذا اشترك الرجلان في أمة، لم يكن لواحد منهما وطؤها، فإن وطئها أحدهما، كان لصاحبه عليه نصف /١١٧/ عقرها، ولا حد عليه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١].

لا خلاف فيما قلناه من أن الرجل إذا كان بينه وبين آخر أمة، لم يكن لواحد منهما وطؤها، لأن وطأه يقع في ملك غيره، وملكه، ولا يجوز وطء ملك الغير لملكه بعضه؛ لأنَّه جار مجرى اجتماع وجه الحظر ووجه الإباحة في الشيء، في وجوب حظره.

وقلنا: إن أحدهما إن وطئها، كان عليه لصاحبه نصف عقرها، ولا حد عليه؛ لأن الشبهة الحاصلة في الوطء بملكه بعض الموطوءة أوجب درء الحد عنه، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « ادرأوا الحدود بالشبهات »، وإذا سقط الحد، وجب العقر؛ لإيجاب النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - المهر في النكاح الفاسد بقوله: « وإن وطأها، فلها المهر بما استحل من فرجها »، فوجب نصف العقر، لأن صاحبها ملك منها نصفها.

مسألة: في الأمة المشتركة تلد

قال: فإن أولدها، ضمن له نصف قيمة الأمة يوم حملت، ونصف قيمة الولد يوم يولد، فإن كان شريك هذا الواطئ أخاه، ضمن له نصف قيمة الأمة، ونصف عقرها، ويسقط نصف قيمة الولد، وكذا القول لو كان شريكه أباه، أوجده، أو ابنه، وكذا الأمة تكون بين الشركاء.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٧/١.

ما ذكرناه من وجوب الضمان على الوجه الذي ذكرناه، وسقوطه حيث ذكرنا سقوطه، منصوص عليه في (الأحكام) [١].

وقلنا: إن الأب، والجد، والابن، فيه كالأخ؛ إذ اقتضى ذلك قوله في (الأحكام)، وكذلك التسوية بين الشركاء والشريكين.

ووجه قولنا: إنَّه إن أولدها، ضمن لصاحبه نصف قيمة الأمة يوم حملت؛ لأنها لما حملت، صار نصيب الشريك منها مستهلكاً بما كان من شريكه؛ لأنَّه لا يجوز للشريك بعد ذلك بيعها ولا هبتها، ولا سائر التصرف فيها، فجرى ذلك مجرى الاستهلاكات من القتل وغيره، في أنَّه إذا وقع بفعل أحد الشريكين، لزمه نصف قيمتها لشريكه.

واعتبرنا قيمتها يوم العلوق؛ لأنَّه وقت الاستهلاك كما نقول ذلك في سائر المستهلكات.

وأوجبنا[٢] نصف قيمة الولد يوم يولد، كما أوجبنا على المغرور قيمة ولده لسيد الأمة، وذلك مما لا خلاف فيه؛ لأن كل واحد منهما وطئ في ملك الغير بغير أذنه على وجه الشبهة، فوجب أن يلزم قيمة الولد لسيد الأمة.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن الواطئ لما ضمن نصيب شريكه من الأمة، لم يجب أن يضمن الولد، لأن الولد يكون حاصلاً في ملكه؟

قيل له: بنفس وجوب الضمان لا يملك المضمون حتى يضمنه برضاه، أو حكم الحاكم، يكشف ذلك: ما روي: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قُدم إليه حَمْل مشوي، امتنع من أكله، وسأل عنه، فعُرِّف أنَّه أخذ لبعض الناس على أن يؤدوا إليه الثمن، فامتنع - صلى الله عليه وآله وسلم - من أكله، وأمر به فأطعم الأسارى[٣]، فدل ذلك على أن وجوب الضمان لا يوجب التمليك، وأيضاً لا خلاف

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٩٧.

(٢) في (ب): أوجب.

(٣) في (أ): الأسرى، وهذا الحديث أخرجه الدارقطني ٤/٢٨٥ والطحاوي ٤/٢٠٨ والطبراني في الأوسط ٢/١٦٨ وأحمد ٥/٢٩٣ ومضمونه فيها أنه نزل على قوم فذبحوا له شاة بغير إذن أهلها، فلما أكل قال: إني أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها وفي بعضها بغير حلها، فأخبروه بالقصة، فقال أطعموها الأسارى.

أن الغاصب ضامن المغصوب، ومع ذلك فلا يحصل مالكاً له، وإذا ثبت ذلك، لم يجب أن يسقط عنه ضمان نصف قيمة الولد.

فإن قيل: ألستم تقولون في الغاصب[١] للنواة والبيض، إذا زرع النوى، وحضن البيض: إنَّه يصير مالكاً لهما، وإنه ليس لمالكهما مِن قبلُ غيرُ قيمتهما، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل المستهلك للأمة بالاستيلاد؟

قيل له: لا نقول في الغاصب إنَّه /١١٨/ يملك، وإن قلنا إنَّه ليس للمغتَصب منه إلاَّ قيمة ما غُصب حتى يؤدي القيمة برضاه، أو حكم الحاكم، فكذلك الأمة.

وقلنا: إنَّه يضمن نصف قيمة الولد يوم ولد؛ لأنَّه الوقت الذي حصل والده مانعاً لسيد الأمة منه مع كونه في حكم الملك، فأشبه الغاصب في أنَّه يضمن المغصوب يوم يغصبه، لأنَّه الوقت الذي يحصل فيه المنع من الغاصب للمغصوب، وكذلك ما اختلفنا فيه، يؤكد ذلك أنَّه الوقت الذي ينفرد المولود فيه بحكم نفسه، فكان ذلك الوقت أولى أن يراعى فيه حكم قيمته.

وقلنا: إن الشريك إن كان أخاه، لم يضمن له نصف قيمته؛ لأن الدلالة قد دلت على أن من ملك ذا رحم محرم، عتق عليه - على ما نبينه من بعد - فإذا ثبت ذلك، لم يجب أن يضمنه الواطئ؛ لأن الولد لما عتق على المالك - للرحم التي بينهما - لم يحصل الوطء مانعاً له من حقه، فلم يلزمه ضمان قيمته.

وقلنا: إن حكم الشركاء فيه حكم الشريكين؛ لأن الحقوق الثابتة بالشركة لا تنفصل بين أن تكون للشريكين والشركاء.

مسألة: في تنازع الشريكين على ولد الأمة المشتركة

قال: وإذا كانت الأمة بين الشريكين، فحبلت، وادعى الولدَ أحدُهما، كان الولد للمدعي دون صاحبه، فإن ادعى كل واحد منهما، كان بينهما، يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما.

---

(١) في (أ): للغاصب.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1]، وهو قول أبي حنيفة، قال الشافعي: يعرض على القافة.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « الولد للفراش »[2]، وقد علمنا أنها فراش لكل واحد منهما، فوجب أن يكون الولد لهما.

فإن قيل: فمن أين ادعيتم أنها فراش لكل واحد منهما؟

قيل له: لا خلاف بين المسلمين أن أحدهما لو ادعى الولد دون صاحبه، كان الولد له، وكانت الأمة فراشاً له، فإذا ادعاه الآخر، وجب أن تكون الأمة فراشاً لهما بمشاركته صاحبه في جميع ما أوجب كونها فراشاً له، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنها فراش لهما جميعاً، ووجب إلحاق الولد بهما، وورد في ذلك:

ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا روح بن الفرج، حدثنا يوسف بن عدي، حدثنا أبو الأحوص، عن سماك - مولى لبني مخزوم - قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية، فلم يُدر من أيهما، فأتيا عمر يختصمان في الولد، فقال عمر: ما أدري كيف أحكم، فأتيا علياً - عليه السلام - فقال: هو بينكما يرثكما وترثانه، وهو للباقي منكما[3].

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن مرزوق، حدثنا وهب بن جرير، حدثنا شعبة، عن ثوبة العنبري، عن الشعبي، عن ابن عمر، أن رجلين اشتركا في طهر امرأة فولدت، فدعا عمر له القافة، فقالوا: أخذ الشبه منهما جميعاً، فجعله بينهما[4].

---

(١) انظر: الأحكام ٤٠٨/١.

(٢) أخرجه البخاري ٧٢٤/٢ ومسلم ١٠٨٠/٢ وابن حبان ٤١٤/٩ والحاكم ٧٣١/٣ والترمذي ٤٦٣/٣ والدارمي ٢٠٣/٢ وأبو داود ٢٨٢/٢.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦٤/٤.

(٤) أخرجه في شرح معاني الآثار ١٦٣/٤.

وأخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن مرزوق، حدثنا وهب، حدثنا شعبة، عن قتادة، عن ابن المسيب، عن عمر، نحوه، قال سعيد: ميراثه لآخرهما موتاً[١].

فلما ثبت ذلك عن علي - عليه السلام - وعن عمر، و لم يرو خلافه، جرى مجرى الإجماع من الصحابة، ويدل على ذلك أنا وجدناهما قد استويا في السبب الموجب للنسب، واستحقاق الإرث، دليله الابنان لما اشتركا في السبب الموجب للنسب، واستحقاق الإرث، ثبت بينهما وبينه النسب، واستحقاق الإرث.

وكذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في رجلين تنازعا بعيراً، فأقاما عليه البينة، فقضى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - به بينهما نصفين[٢]، لما تساويا في السبب الموجب للاستحقاق، وهو البينة مع الدعوى.

والأصول كلها تشهد لقياسنا؛ لأن كل رجلين /١١٩/ اشتركا في السبب الموجب من غير مزية، اشتركا في الموجب للسبب، كالشريكين في الربح، والشريكين في الشفعة، والشريكين في اليد، وغير ذلك، على أنّه لا قول في هذه المسألة إلاَّ ما قلناه، والقول بالقافة، وقد دلت الدلالة على بطلان القول بالقافة، فوجب أن يثبت صحة ما قلناه.

فإن قيل: فلم[٣] أبطلتم القول بالقافة؟

قيل له: لأنّه حكم لم يقتضه العقل والشرع، فوجب أن يكون باطلاً.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال: إن الشرع قد ورد به؟ وذلك ما رواه الزهري، عن عروة، عن عائشة أنها قالت: دخل مجزز المدلجي على رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فدخل عليٌّ رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -

---

(١) أخرجه الطحاوي ١٦٢/٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٢٥٧/١٠.

(٣) في (أ): قد.

مسروراً تبرق أسارير وجهه[١]، فبان ذلك أن قول القافة توجب ضرباً من العلم، لولا ذلك لما كان لسرور رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - معنى، ولا يجوز أن يرى باطلاً ولا ينكر.

قيل له: أما سرور رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فلا يدل على أنَّه جعل قول مجزز محكوماً به على وجه من الوجوه، كيف وقد كانت بنوة أسامة بن زيد قد ثبتت قبل ذلك، فإذا كان هذا هكذا، فلا حجة للقوم فيه، ولا يلزمنا أن نعرف السبب الذي له سر رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - على أنَّه يحتمل أن يكون سروره لما وافق ظن مجزز الصواب، والإنسان قد يتعجب من مثله، ويتبسم حتى يظهر أثر السرور على وجهه، على أنَّه لا يمتنع أن يكون سرور النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لأمر سواه صادف تلك الحال، على أنَّه قد روي أن المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة؛ لأن أسامة كان أسود، وكان زيد أبيض، وكانوا يعتبرون صحة ما يقوله القافة، فيجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما سمع تكذيب المنافقين من الجهة التي يعتقدون صحتها، فسر[٢] به.

فأما قولهم: لا يجوز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - يرى[٣] باطلاً فلا ينكره، فهو كذلك، إلاَّ أن قول مجزز: إن هذه الأقدام بعضها من بعض، لم يكن باطلاً، بل كان حقاً، فلم ينكره النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وإنما المنكر عندنا هو الحكم بقوله، فلا تعلق لهم بهذا الخبر على وجه من الوجوه.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْماً عَرَبِياً﴾، فقد ثبت أنَّه لم يكن للعرب حكم اختصوا به غير حكم القافة، فثبت أنَّه هو المنــزل.

قيل له: ليس في الآية ما يدل على ما ذهبتم إليه، لأنَّه قد قيل: إن الكتابة كانت مما

---

(١) أخرجه البخاري ١٣٦٥/٣ ومسلم ١٠٨٢/٢ وابن حبان ٤١٢/٩ وأبو عوانة ١٣١/٣ والبيهقي ٢٥٢/١٠ والدارقطني ٢٤٠/٤ والطحاوي ١٦٠/٤.

(٢) لعله سر .

(٣) في (أ): رأى.

تختص به العرب، فيجوز أن يكون[١] هو المراد، (ويجوز أن يكون المراد) [٢] بالحكم البيان، فكأنه سبحانه وتعالى قال: بياناً عربياً.

فإن قيل: فقد روي عن عمر أنَّه رجع إلى القافة.

قيل له: الأخبار في ذلك قد اختلفت، فقد روي أنَّه رجع إليه، ثُمَّ ألحق بأبوين له، وهذا خلاف مذهب القائلين بالقافة، بل هو الذي نذهب إليه، فاحتمل[٣] أن يكون رجوعه إليه ليعلم هل القافة بعد على باطلهم، أو تركوه، وقد روي في بعض الأخبار أنَّه ضربه حتى أوجعه[٤]، وروي أنَّه قال في بعض الأخبار: لا أدري ما أقضي فيه، حتى حكم فيه علي[٥] – عليه السلام – بإلحاقه بالمدعيين له، على ما أثبتناه بإسناده، فلما حصل فيما[٦] روي عنه هذه الاختلافات، لم يصح لهم التعلق به. وإما أن يحمل على موافقة قول علي – عليه السلام –. وأما أن يسقط، فينفرد قول علي – عليه السلام – وروي نحوه عن[٧] شريح.

فإن قيل: قد ثبت [٨] أن العرب /١٢٠/ كانت تحكم بالقافة كما كانت تجعل الظهار والإيلاء طلاقاً حتى نسخ الله ذلك على لسان نبيه – صلى الله عليه وآله وسلم – فلو كان حكم القافة منسوخاً، لبين الله تعالى نسخه، فإذا لم يثبت ذلك، فهو باق على ما كان عليه.

قيل له: الحكم الذي من شأنه أن يثبت بالشرع، متى لم يرد به شرع، كان باطلاً وإن لم يرد شرع ببطلانه ونسخه؛ وإنما يفتقر إلى ورود النسخ فيه إذا كان مما قد ثبت

---

(١) في (أ): يكون المراد.
(٢) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٣) في (أ): فاحتمل ذلك.
(٤) أخرجها الطحاوي ١٦٢/٤ـــ١٦٣.
(٥) سقط من (أ) علي.
(٦) في (ب): مما.
(٧) سقط من (ب) عن.
(٨) في (ب): أثبت.

وروده شرعاً، فأما إذا لم يثبت ورود شرع فيه أصلاً، فهو كاف في بيان فساده، فإن ورد شرع في بيان فساده، كان ذلك مؤكداً لفساده، ولم يكن نسخاً، فإذا ثبتت هذه الجملة، فرجوع العرب إلى حكم القافة لا يوجب صحته، فكيف يحوج إلى نسخه؟ وهذا سؤال من لا يعرف طريقة النسخ وأحكامه، وقد نبه الله تعالى على ما ذكرناه بقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ..﴾ الآية، فذم ابتغاء حكم الجاهلية.

ومما يؤكد ذلك أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – لم ينتظر بهلال بن أمية وزوجته حتى تلد، ولم يراع فيه الشبه، ولاعن بينهما، فدل ذلك على ألا حكم للشبه، ولا خلاف أن القافة لو نسبوه إلى غير المدعيين، لم يثبت قولهم، فصار ذلك أيضاً موضحاً لما قلناه.

فإن قيل: لا يمتنع أن يكون قول القافة مرجحاً للدعوى، والفراش، كاليد كانت مرجحة للبينة.

قيل له: هذا يثبت في اليد، لمّا ثبت تعلق الحكم بحصولها على بعض الوجوه، فأما قول القافة، فلم يثبت تعلق شيء من الأحكام عندنا به، فبطل قول من رام أن يجعله تأكيداً أو ترجيحاً.

ومما يدل على بطلان القول لمن ادعى الشبه في الحكم: ما روي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أتاه رجل فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً، فقال له النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – هل لك من إبل؟ فقال: نعم. قال: فما ألوانها؟ قال: حمر. قال فهل فيها من أورق؟ قال: نعم. قال: فمن أين جاءه ذلك؟ قال: لعل عرقاً نزعه. قال: فلعل هذا نزعه عرق[1]، فأبطل – صلى الله عليه وآله وسلم – حكم الشبه في باب النسب، على أن وجوب اللعان بين الزوجين إذا نفى الزوج الولد يدل على ألا معتبر بقول القافة؛ لأنّه لو كان بقولهم معتبر، لرجع إليه، ولم يرجع إلى اللعان.

---

(١) أخرجه البخاري ٢٠٣٢/٥ ومسلم ١١٣٧/٢ وابن حبان ٤١٦/٩ وأبو عوانة ١٣٠/٣ والبيهقي ٤١٠/٧ وأبو داود ٢٧٨/٢.

مسألة: في الشريكين يتنازعان على ولد أمتهما

قال أيده الله تعالى: هذا إذا كانا حرين مسلمين، فإن كان أحدهما ذمياً، أو عبداً، والآخر مسلماً حراً، وادعاه كل واحد منهما، كان الولد للحر دون العبد، وللمسلم دون الذمي، ويعزران جميعاً. وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: أن أقل أحوال المسلم أن يُصدَّق على دعواه كما يصدق الذمي، وإذا كان كذلك، وجب[2] أن يكون الولد مسلماً بإسلام أبيه، وثبتت له الولاية عليه، و لم تثبت للذمي عليه ولاية؛ لأنَّه لا ولاية للذمي على ابنه المسلم، فيصير نسب المسلم أولى، فوجب أن يلحق به الولد، كما أن رجلاً لو ادعى ثوباً هو لابس له، فادعاه آخر وهو متعلق بكمه، كان اللابس أولى أن يحكم له به؛ لقوة يده، والمزية التي له، وكذلك لو ادعى رجلان فرساً، وأحدهما راكب له، والآخر متعلق بلجامه.

فإن قيل: فهذا ينقض ما ذهبتم إليه في المسألة الأولى من أن سببهما قد اتفقا، فوجب أن يلحق الولد بهما.

قيل له: شرطنا نحن في ذلك ألا يكون لأحدهما مزية، وهاهنا قد بانت المزية، فلا معترض به على ما قدمناه، يكشف ذلك أن الشيء إذا كان في يد رجلين، فادعاه كل واحد منهما، قسم الشيء بينهما، ثُمَّ لو كان ليد /١٢١/ أحد الرجلين مزية، حكم له به، فكذلك ما ذكرناه، وعلى هذه الطريقة يجب أن يجري الكلام إذا كان أحدهما عبداً، والآخر حراً؛ لأن العبد لا يلي ابنه، عبداً كان أو حراً، والحر يليه، فوجب أن يكون الحر أولى بالولد على ما بيناه.

وأوجبنا التعزير كما يجب في الرجل والمرأة نجدهما تحت إزار واحد.

مسألة: في ملك ذي الرحم

قال: وإذا ملك الرجل أو المرأة ذا رحم محرم، أو ذات رحم محرم، عتق عليهما، وكذلك إذا ملك شقصاً من ذي رحم محرم، عتق عليه، واستسعى لشريك صاحبه في

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠٨.

(٢) في (أ): لوجب.

قيمة ماله فيه، فإن كان الرجل اشتراه عالماً بأنه يعتق عليه، ضمن هو لشريكه باقي قيمته.

وإن ملك ذا رحم ليس بمحرم، لم يعتق عليه، وكذلك إن ملك أخاه أو أخته من الرضاعة، أو غيرهما، لم يعتق.

ويجوز للرجل بيع أخته وأمه من الرضاعة، ولا يجوز له وطؤها.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) (١).

ما ذهبنا إليه من أن من ملك ذا رحم محرم، عتق عليه: قول أبي حنيفة وأصحابه، وهو قول علي - عليه السلام - رواه عنه زيد بن علي عن آبائه - عليهم السلام - وقول عمر، رواه الطحاوي بإسناده عن الأسود، عن عمر(٢)، وقال الشافعي: يعتق الوالدان وإن ارتفعا، والأولاد وإن سفلوا، ولا يعتق من سواهم، قال داود: لا يعتق واحد منهم بنفس الملك.

والأصل فيه: ما أخبرنا به محمد بن عثمان النقاش، حدثنا الناصر - عليه السلام - عن محمد بن منصور، عن أحمد بن عيسى، عن حسين، عن أبي خالد، عن زيد، عن آبائه، عن علي - عليهم السلام- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم-: « من ملك ذا رحم محرم، فهو حر ».

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا محمد بن عبد الله الأصبهاني، حدثنا أبو عمير بن النحاس، حدثنا ضمرة، عن سفيان الثوري، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « من ملك ذا رحم محرم، فهو حر »(٣).

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا محمد بن عبد الله، حدثنا إبراهيم

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٦/١.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١١٠/٣.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٠٩/٣.

بن الحجاج، وعبد الواحد بن غياث، قالا: حدثنا حماد بن سلمة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « من ملك ذا رحم محرم، فهو حر »[١].

فدلت هذه الأخبار على صريح ما ذهبنا إليه.

فإن قال قائل ممن ينصر قول داود: قد روى سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا يجزي ولد عن والده شيئاً، إلاَّ أن يجده مملوكاً فيشتريه، فيعتقه »[٢]، فأثبت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الإعتاق بعد الشراء، فدل ذلك على أن نفس الشراء لا يقع به العتق.

قيل له: المراد أن يشتريه فيعتق بالشراء، بدلالة الأخبار التي تقدمته.

ويدل على فساد مذهبهم أن كون الولد ولداً للرجل ينافي كونه عبداً له، بدلالة أن من ولدت منه أمته يكون حراً، ولو ولدت منه أمة غيره، كان رقيقاً، فكان الموجب لعتقه أنَّه ملكه؛ لأن ما تلده مملوكته يكون مملوكاً له، لو كان من غيره.

وأما قول الشافعي، فالذي يدل على فساده: الأخبار المتقدمة، ويدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أن من ملك أباه، أو ولده،[٣] عتق عليه، فكذلك إذا ملك أخاه، أو عمه، والعلة أنَّه يملك شخصاً بينهما رحم يوجب الحرمة.

وإن قالوا: العلة في ذلك حصول البعضية ليقيسوا الأخ على ابن العم، لم يصح تعليلهم؛ لأنه تعليل بالنفي المجرد، فإذا[٤] /١٢٢/ ثبت قياسهم، فقياسنا أولى؛ لاستناده إلى الظواهر التي ذكرناها، ولأنه يوجب الحظر، والنقل، والإفادة الشرعية، ولأن علتنا في حكم المنصوص عليها.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٠٩/٣.

(٢) أخرجه مسلم ١١٤٨/٢ وابن حبان ١٦٧/٢ وأبو عوانة ٢٤٤/٣ والترمذي ٣١٥/٤ والنسائي في الكبرى ١٧٣/٢ وأبو داود ٣٥/٤ وابن ماجة ١٢٠٧/٢.

(٣) في (ب): وولده.

(٤) في (أ): فإن.

فإن قيل: فإن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قد فادى العباس حين أسره يوم بدر[١]، فلو كان ملكه - صلى الله عليه وآله وسلم - يوجب عتقه، لم تصح المفاداة فيه.

قيل له: عندنا أن الملك لا يستقر في الغنيمة إلاَّ بعد القسمة، ولذلك يجوز فيه التنفيل، ويوجب الرضخ لمن يحضر الوقعة من النساء والولدان والعبيد، فإذا كان ذلك كذلك، فملك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يكن استقر، فلم يجب أن يعتق، على أن ما ذهبنا إليه قول علي - عليه السلام - وقول عمر، وغير محفوظ عن أحد من الصحابة خلافه، فيجب أن يجري مجرى إجماعهم، على أنَّه إجماع أهل البيت - عليهم السلام - لا أحفظ بينهم فيه خلافاً، وإجماعهم عندنا حجة، وكذلك قول علي - عليه السلام - فإذا ثبت ذلك، قلنا: إنَّه من ملك شقصاً منه، عتق؛ لأن العتق عندنا لا يتبعض؛ لما نبينه في كتاب العتق[٢]، وكذلك نبين فيه وجه إيجابنا الضمان عليه لشريكه، والفصل بين الحال التي[٣] يلزمه فيها الضمان والحال التي لا يلزم معها الضمان وتجب السعاية.

فأما من ملك ذا رحم ليس بمحرم، فلا خلاف أنَّه لا يعتق عليه، والخبر الذي روي «من ملك ذا رحم، فهو حر» [٤] المراد به من ملك ذا رحم محرم، إذ لا خلاف في ذلك، واللفظان مرويان عن الحسن، عن سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم- [٥].

قال أبو جعفر الطحاوي: وبلغني أن محمد بن أبي بكر البرساني كان يحدث عن حماد بن سلمة، عن عاصم الأحول، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: « من ملك ذا رحم محرم، فهو حر»[٦]، فدل ذلك على ما قلناه.

---

(١) أخرجه البخاري ٣/١١٠ والحاكم ٣/٢٤ والبيهقي ٣/٣٦٦.

(٢) في (أ): إن شاء الله تعالى.

(٣) في (أ): الذي.

(٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ٣/١٧٣ وأحمد ٥/١٥.

(٥) في (أ) وسلم ثم قد روي عن الحسن عن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - اللفظان مجتمعان قال الخ... .

(٦) انظر شرح معاني الآثار ٣/١١٠ و أخرجه الحاكم ٢/٢٣٣ والترمذي ٣/٦٤٦ وأبو داود ٤/٢٦.

مسألة: في وطء المكاتَب أمته

قال: وليس للمكاتَب إذا اشترى أمة أن يطأها حتى يعتق، فإذا عتق، كان له ذلك.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١]، ونص فيه على أنَّه لا يجوز له نكاحها ولا عتقها.

ووجهه: أن ملك المكاتب غير تام، ولا مستقر؛ لأن ملك صاحبه لم يزل عنه، وإذا لم يزل عنه، لم يزل عما في يده، وإذا لم يزل عنه ملك صاحبه، لم يستقر ملكه فيه، فلم يجز له أن يطأ جاريةً لم يتم ملكه لها، كما لا يجوز له وطء جارية له فيها شرك، ولم يجز له عتقها لمثل ذلك، ولم يجز[٢] أن ينكحها؛ لأن حصول حقه فيها يمنع ابتداء النكاح عليها.

مسألة: في إباحة فرج الأمة

قال: ولو أن رجلاً قال لآخر: قد أبحت لك فرج جاريتي هذه، أو أعرتك، أو أحللت لك، لم يجز له أن يطأها بذلك، فإن وطئها عالماً بالتحريم، لزمه الحد، وإن لم يكن عالماً بتحريمها، درئ عنه الحد للشبهة، ولزمه لصاحبها مهر مثلها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣]، ونص أيضاً في (المنتخب) [٤] على تحريم ذلك، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً، إلا ما ذهبت إليه الإمامية من أن ذلك يحل.

والدليل على ذلك: أن هذه الألفاظ ليست توجب تمليك الأمة، ولا عقد النكاح عليها، فوجب ألا يستباح بها الوطء؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ.. الآية﴾ (المؤمنون ٥ ـ٦)، ومن ابتغى الوطء بما ذكرناه، فقد ابتغى وراء النكاح، وملك اليمين.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٠١.

(٢) في (أ): يجزه.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٠٠.

(٤) انظر: المنتخب ١٣٧.

ويدل على ذلك: أن حظر وطئها على الغير لم يكن من جهة المولى فيرتفع بإذنه، كوطء الحرة، لَمَّا لم يكن حظره من جهتها، لم يرتفع بإذنها، ويدل على أن حظر وطئهن ليس من جهة المولى قول الله تعالى: ﴿وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً﴾ (النور /٣٤)، فلو كان حظر وطئهن من قِبَل المولى، لحل /١٢٣/ ذلك عند رضاهم و لم يمنعهم الله تعالى من حملهن عليه؛ على أنَّه لا خلاف أن المولى إذا قال لها: قد رضيت بأن تزني، أو تمكني من نفسك من أراد ذلك، أنَّه لا يبيح وطأها لمن أراد ذلك، ولا يخرجه من أن يكون زنىً، فبان به أن تحريم وطئهن من قبل الله تعالى، وليس من جهة مواليهن.

وإنما قلنا: إن من فعل ذلك عالماً بالتحريم، لزمه الحد؛ لأنه زان؛ لإتيانه أجنبية بغير شبهة حصَلت عليه، فأما إذا لم يعلم بالتحريم، ودخلت عليه فيه شبهة، فقلنا: إنَّه لا حد عليه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « ادرؤوا الحدود بالشبهات »، وأوجبنا المهر؛ لأن المهر يجب في كل وطءٍ وقع بشبهة على ما بيناه في غير موضع من كتابنا هذا.

مسألة: في وجوب استبراء الأمة على البائع والمشتري

قال: ويجب على من أراد بيع جارية أن يستبرئها قبل بيعها بحيضة، وكذلك يجب على المشتري أن يستبرئها قبل وطئها بحيضة، فإن كانت صغيرة، أو كبيرة لا تحيض، استبرئت قبل بيعها بشهر، وقبل وطئها بشهر.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) [1].

اختلف الناس في الاستبراء، فذهب بعض الناس إلى أنَّه غير واجب، وذهب بعضهم إلى أنَّه يجب على البائع والمشتري جميعاً، وهو قول أصحابنا، وذهب بعضهم إلى أنَّه يجب على البائع دون المشتري، وقال أبو حنيفة: هو على البائع استحباباً، وعلى المشتري وجوباً، وقال الشافعي: هو على المشتري.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٣٩٧.

ووجه قولنا إن البائع إذا كان وطئها يستبرئها قبل بيعها بحيضة: أن علوقها من سيدها يُحرم بيعها عليه، كما يحرم الوطء على المشتري، فوجب أن يقع الاستبراء قبل البيع، كما وجب وقوعه قبل وطء المشتري، وأيضاً وجدنا العِدد تلزم قبل العقود التي هي استباحة الفروج، فوجب أن يلزم الاستبراء قبل البيع، والعلة أنَّه استبراء الرحم، أو يقال: لما كانت موطوءة وطئاً مباحاً، لم يجز أن يملك بضعها غير الواطئ لها قبل الاستبراء، دليله لو وطئت بعقد النكاح، يؤكد ذلك أنَّه إذا كان وطئها، فإنه لا يأمن أن يكون قد علقت منه، وأن يكون بيعها قد حرم عليه، فوجب ألا يبيعها حتى يستبرئها؛ لأن الفعل الذي لا يأمن الإنسان أن يكون حراماً، فعليه تجنبه، ألا ترى أن من شك في امرأة أنها زوجته، أو ليست زوجته، لم يجز له أن يطأها حتى يستبين الأمر، فكذلك من شك في شخص أنَّه عبده، أو هو حر، لم يجز له بيعه حتى ينكشف ذلك، فكذلك لا يجوز بيعها حتى يستبرئها؛ لأنَّه لا يأمن أن يكون قد صارت أم ولد له، وما ذكرناه احتياط، وفيه حظر، وفائدة شرعية.

فإن قيل: لم يوجد في الأصول وجوب عدتين لماء واحد.

قيل له: العدة والاستبراء قد يجبان جميعاً لا للماء، ألا ترى إلى وجوب الاستبراء من البكر، ووجوب[1] العدة عليها من وفاة زوجها، فبان أنَّه قد يجب لا للماء، فإذا ثبت ذلك، بان أن وجوبه غير مقصور على الماء، فلم يمنع وجوب الاستبرائين من ماء واحد، ولا وجوبهما من غير ماء، وكان الاعتبار فيه بالماء لا معنى له، على أن الشافعي يذهب إلى أن سيد الأمة إذا كان يطؤها، فلا يجوز له تزويجها إلاَّ بعد الاستبراء، فوجب ألا يجوز بيعها قبل الاستبراء؛ لأن كل واحد منهما عقد يستباح به الوطء.

وأما وجوبه على المشتري، فالأصل فيه حديث أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – في سبايا أوطاس: « لا[2] توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض »[3].

---

(١) في (أ): وإلى وجوب.

(٢) في (أ): ألا لا توطأ.

(٣) أخرجه الحاكم ٢/٢١٢ والدارمي ٢/٢٢٤ والبيهقي ٥/٣٢٩ وأبو داود ٢/٢٤٨ وأحمد ٣/٦٢.

وروى أبو داود في (السنن) بإسناده، يرفعه إلى رويفع بن ثابت الأنصاري: أما إني لا أقول لكم إلاَّ ما /١٢٤/ سمعت عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يقول يوم خيبر، قال: « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره - يعني إتيان الحبالى - ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها » [(١)]، فدل ذلك على وجوب الاستبراء لتجدد الملك؛ لأنَّه معلوم أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يوجبه للفراش، إذ لم يشترط في السبايا أن يكن ذوات أزواج[(٢)]، فإذا ثبت أن وجوبه لتجدد الملك، وجب في المشتراة، وكل من ملك منهن ملكاً جديداً بأي وجه كان.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنَّه قال: «من اشترى جارية، فلا يقربها حتى يستبرئها بحيضة».

وإذا لم يختلفوا في وجوب الاستبراء على من ملكهن بالسبي، وجب الاستبراء على من ملكهن بأي وجه كان من الملك.

وقلنا: إنها إن كانت ممن لا تحيض تُستبرأ بشهر؛ لأن الشهر يقوم مقام الحيضة في العدة، فكذلك في الاستبراء، والعلة أن كل واحد منهما استبراء للرحم.

مسألة: في الأمة الحامل متى تحل لسيدها

قال: وإذا اشتراها وهي حامل، فوضعت عند سيدها، حلت له بعد تصرم نفاسها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[(٣)].

والأصل في ذلك: قول الله سبحانه: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - في سبايا أوطاس: « لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض »، فجعل استبراء الحامل بالوضع، كما جعل استبراء الحائل بالحيض، والمسألة وفاق.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٥٤.

(٢) في (ب): الأزواج.

(٣) انظر: الأحكام ١/٣٩٧.

مسألة: في الاستمتاع بالأمة قبل الاستبراء

قال: ولا بأس للرجل أن يأتي أمته فيما دون الفرج قبل أن يستبرئها إذا أيقن أنَّه لا حمل بها.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[1] وذهب أكثر الفقهاء إلى أنَّه لا يجوز.

وروى هناد بإسناده، عن الحسن، تجويز القبلة والمباشرة. قال أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى -: روي نحوه عن ابن عمر.

والذي يدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِيْنَ﴾ (المؤمنون /٥،٦)، فصرن مباحات لنا بظاهر قول الله تعالى، وورود[2] الخطاب في الوطء خصوصاً، والوطء اسم للجماع دون سائر الاستمتاع، فبقي سائر الاستمتاع على الإباحة، ويدل على ذلك أن سيدها ممنوع من وطئها بحق متجرد لله تعالى يتوقع زواله مع استواء البالغة وغير البالغة فيه، فوجب ألا يمنع من سائر مباشرتها، دليله لو كانت حائضاً، وأيضاً قد ثبت بما قدمناه وجوب الاستبراء على البائع، ولا التباس أنَّه لا يلزمه غير الامتناع من وطئها فقط دون سائر الاستمتاع، فوجب أن يكون المشتري كذلك، فإن قالوا العلة أنَّه استبراء يتعلق بالبيع، ولا يتعلق فيه حق البائع، كان ذلك فاسداً من وجهين: أحدهما: أن البيع ليس له حرمة فينفي[3]. والثاني: أن الملك لو حصل لا عن بيع، أو حصل لا عن ملك مالك[4]، نحو ما يملك من السبايا، كان حكمه لا يتغير، فعلم سقوط هذا السؤال.

فإن قاسوه على العدة، كان قياسنا أولى، لاستناده إلى الظاهر الذي ذكرناه، ولأنا رددنا ما لا يتعلق به حق الغير إلى ما لا يتعلق به حق الغير، ولأن علتنا تنقل، ألا ترى أن الاستمتاع كله محرم قبل عقد البيع، وقياسنا أباحه بعقد البيع، فصار منقولاً عما كان عليه.

---

(١) انظر: المنتخب ١٩٦.

(٢) في (ب) وورد.

(٣) في (أ) فتبقى .

(٤) سقط من (أ) مالك.

مسألة: في الأمة تباع وهي حائض

قال: ولو أن رجلاً اشترى أمة وهي حائض، لم تعتد بتلك /١٢٥/ الحيضة، واستبرأها بحيضة سواها، وإن اشتراها وحاضت بعد تملكها، اكتفت بتلك الحيضة.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١].

ووجه ما قلنا، لو أنها[٢] اشتُريت وهي حائض، لم تعتد بتلك الحيضة: أنَّه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض »، أوجب استبراء الحائل بحيضة، فإذا ملكها وهي حائض، ووطئها بعد تلك الحيضة، لا يكون استبرأها بحيضة تامة، وإنما يكون استبرأها ببعض حيضة، فوجب لذلك أن يستبرئها بحيضة أخرى.

ويدل على ذلك: أنَّه لا خلاف في أن بعض الحيضة لا تقوم مقام الحيضة التامة في العدة، فوجب ألا تقوم مقامها في الاستبراء، والعلة أن كل واحدة منهما استبراء للرحم.

وقلنا: إنها إذا[٣] حاضت بعد ما تُملك، تجزئ تلك الحيضة، لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « ولا حائل حتى تحيض »، وهذه قد حاضت.

قال أبو حنيفة: لا معتبر بالحيض إلاَّ أن يكون بعد قبض المشتري لها، فأما إن حاضت بين الشراء والقبض، وجب أن تستبرئ بحيضة أخرى. قال أبو يوسف: إذا حاضت بعد الشراء، أجزت تلك الحيضة.

وظاهر قول يحيى - عليه السلام - يقتضي أن الحيضة إذا حصلت بعد الشراء، أجزت، من غير مراعاة القبض؛ لأن الملك يتم بالشراء، فلا وجه لمراعاة القبض.

مسألة: في استبراء المسبية والأمة

قال: ولو أنَّه اشتراها، وأعتقها، ثُمَّ تزوجها، لم يجز له أن يواقعها قبل الاستبراء. وإذا سبيت الأمة، استبرئت بحيضة.

---

(١) انظر: المنتخب ١٩٥ - ١٩٦.

(٢) في (أ): أنها لو.

(٣) في (أ): إن.

ما ذكرناه فيمن اشتراها وأعتقها منصوص عليه في (المنتخب)[1]، واستبراء المسبية منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجهه: أنها لما مُلكت، كان بضعها محرماً عليه لحق الاستبراء، فلما أعتقها، حصل وجه آخر من التحريم الثاني الحاصل بالعتق، ولم يجب أن يرتفع بارتفاعه التحريم الأول، دليله لو اشتراها وهي مُحرِمة، ثُمَّ تزوجها، لم يحل له وطؤها في إحرامها، وإن ارتفع التحريم الحاصل، فبان بما بيناه أن ارتفاع أحد التحريمين لا يوجب ارتفاع التحريم الآخر.

فأما المسبية، فلا خلاف في وجوب الاستبراء منها، وفيه ورد النص، وهو الأصل في وجوب الاستبراء في غير المسبيات.

مسألة: في الجمع بين وطء الأختين في الملك

قال: ولو أن رجلاً كانت عنده مملوكة، فوطئها، لم يكن له أن يطأ أختها حتى يخرج الأولى عن ملكه ببيع، أو عتق، أو هبة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3].

أما تحريم الجمع بينهما، فهو قول أمير المؤمنين علي - عليه السلام - روى[4] ذلك زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - وغيره أيضاً قد رواه عنه[5]، وبه قال العلماء أجمع، إلاَّ عثمان من الصحابة، وداود من المتأخرة.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء /٢٣)، وليس لهم أن يعترضوا ذلك بقول الله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِيْنَ﴾ (المؤمنون /٦)، لوجهين: -

أحدهما: أن الآية التي تعلقنا بها حاظرة، والحظر أقوى من الإباحة، وبه احتج أمير المؤمنين - عليه السلام -.

---

(١) انظر: المنتخب ١٩٥.
(٢) انظر: الأحكام ٣٩٢/١.
(٣) انظر: الأحكام ٣٥٦/١.
(٤) في (ب): وروى.
(٥) أخرجه البيهقي ١٦٤/٧ وابن أبي شيبة ٤٨٢/٣.

والثاني: أن الآية التي احتججنا بها أخص بموضع الخلاف؛ لأن المقصد بها تحريم الجمع، وفيه وقع الخلاف، والمقصد بما تعلقوا به إباحة ملك اليمين على الجملة.

فأما إذا أخرج الأولى عن ملكه بما ذكرناه، فلا خلاف أنَّه يحل له وطء الثانية، واختلفوا إذا زوَّج الأولى، وعندنا أنها لا تحل له.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾، وقد ثبت أن تحريم الجمع بينهما بالوطء مراد بالآية لما[1] بيناه آنفاً، فلا يصح الجمع /١٢٦/ بينهما بالوطء إلاَّ بأن يطأ إحداهما بعد الأخرى، فصارت الآية تقتضي تحريم وطء إحداهما بعد الأخرى على جميع الوجوه، فوجب القضاء به إلاَّ حيث يخصه الدليل.

ولما اجتمع الجميع على أنَّه إذا أخرج الأولى عن ملكه بما ذكرناه، حلت له الثانية، قلنا به، وبقَّينا حكمها على التحريم وإن زوج الأولى، أو كاتبها؛ لإيجاب الظاهر ذلك، ولا خلاف أنَّه لو لم يزوج الأولى، وتركها على حالها، أنَّه لا يجوز له وطء الثانية، فكذلك إذا زوَّجها، والعلة أن ملكه ثابت عليها باق، فكل من وطئ ملك يمينه، لم يحل له وطء أختها ما دام ملكه باقياً عليها، وأيضاً لا خلاف لو أنَّه أذن لها في الإحرام، فأحرمت، لم يجز له أن يطأ أختها، فكذلك إذا زوَّجها، والعلة أن تحريم الأولى يجوز أن يرتفع من غير تجدد ملك، أو عقد نكاح، يؤكد ذلك أن من تزوج حرة، لم يحل له التزوج بأختها إلاَّ مع بطلان نكاح الأولى، فوجب ألا يجوز له وطء الثانية من المملوكات إلاَّ مع بطلان ملكه للأولى؛ لأن كل واحد منهما سبب إباحة الوطء، ويستند قياسنا إلى الظاهر، ويقتضي الحظر، فهو أولى من قياسهم المتزوجة على المبيعة.

مسألة: فيمن طلق أمته ثلاثاً ثم ملكها

قال: ولو أن رجلاً طلق أمة ثلاث تطليقات، ثم ملكها، لم يكن له أن يطأها حتى تنكح زوجاً غيره، وكذلك لو كان سيدها وطئها بعد تطليقه لها ثلاثاً، لم تحل له.

---

(١) في (أ): بما.

هذا منصوص عليه في (الأحكام)[١].

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾، إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٢٩ـ٢٣٠)، ولم يخص في ذلك أمة من حرة.

وقد علمنا أن السيد ليس بزوج، ولا يطأ بالزوجية، فوجب أن تكون محرمة على من طلقها ثلاثاً، وإن وطئها سيدها، ما لم تنكح زوجاً غيره.

ولا خلاف أنها لو وطئت بشبهة، أو زنى، لم تحل للزوج الأول، والعلة فيه أنَّه وطء وقع في غير نكاح صحيح، فكذلك الأمة، والعلة أنه[٢] وطء مطلقة ثلاثاً، يؤكد ذلك أنَّه لا اعتبار بوجود الوطء، ألا ترى أنَّه لو وطئها وهما مُحرِمان، أو أحدهما، أو كانت حائضاً، جاز لها الرجوع إلى الأول، فبان أن الاعتبار بما ذكرنا أولاً[٣] من حصول الوطء في نكاح صحيح، دون أن يكون الوطء حراماً أو حلالاً.

فأما إذا طلقها ثلاثاً، ولم يكن سيدها وطئها، فتحريم وطئها بأن يملكها أظهر وأوضح؛ لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وهي لم يطأها واطئ بملك، ولا نكاح، فوجب ألا يحل له وطؤها بالملك على وجه من الوجوه، ما لم تنكح زوجاً غيره، على ما مضى الكلام آنفاً[٤].

مسألة: في تفريق ذوي الأرحام في السبي

قال: ولا يجوز في السبي أن يفرق بين الولد والوالدة.

قال القاسم - عليه السلام -: إلا أن يكون الولد كبيراً، جاز التفريق، قال: ولا يجوز التفريق ما دام صغيراً.

ما ذكرناه أولاً منصوص عليه في (الأحكام)[٥]، وما حكيناه عن القاسم - عليه

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٢ - ٤٧٣.
(٢) في (ب): أنها.
(٣) سقط من (أ) أولا.
(٤) في (أ): أيضاً.
(٥) انظر: الأحكام ٢/٥٢ - ٥٣.

السلام - منصوص عليه في (مسائل النيروسي)، ونص يحيى - عليه السلام - في (المنتخب)[١] على أن من باع جارية ولها ولد صغير: يرد[٢] بيعها إن لم يبع ولدها معها، فكان تحصيل المذهب أن الجارية إذا كان لها ولد صغير، لم يجز بيع أحدهما دون صاحبه، وبه قال الشافعي.

والأصل فيه حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: قدم زيد بن حارثة بسبي، فتصفح رسول الله صلى الله عليه وآله /١٢٧/ وسلم الرقيق، فنظر إلى رجل منهم وامرأة كئيبين حزينين من[٣] بين الرقيق، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « مالي أرى هذين كئيبين حزينين[٤]؟ »، فقال زيد: يا رسول الله، احتجنا إلى نفقة على الرقيق فبعنا ولداً لهما، فأنفقنا عليهم بثمنه، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « ارجع حتى تسترده من حيث بعته، فرده على أبويه »، وأمر مناديه فنادى أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - يأمركم ألا تفرقوا بين ذوي الأرحام من الرقيق، فدل ذلك على ما ذهبنا إليه من أنَّه لا يصح بيع أحدهما دون صاحبه، ولا يصح تعلقهم بقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ (البقرة /٢٧٥)؛ لأن خبرنا يخصه، ولا يصح لهم قياس أيضاً؛ لأنَّه مدفوع بالنص الذي ذكرنا.

---

(١) انظر: المنتخب ٢٣٥.

(٢) في (أ): لم يبع معها يرد بيعها إن لم يبع ولدها معها.

(٣) سقط من (أ) من .

(٤) سقط من (ب) حزينين.

باب القول في شهادة النكاح

مسألة: في نصاب شهادة النكاح

لا ينعقد النكاح إلاَّ بشهادة رجلين فما فوقهما، أو رجل وامرأتين.

نص في (الأحكام)[١] و(المنتخب) [٢] على أن النكاح لا يكون إلاَّ بشاهدين، ودل كلامه في غير موضع من (الأحكام) [٣] على أنَّه يجوز بشهادة رجل وامرأتين.

ما ذهبنا إليه من القول بأنه لا ينعقد النكاح بغير شهود، هو قول أبي حنيفة، والشافعي، وعامة الفقهاء، وهو قول القاسم.

قال مالك، وأبو ثور، و داود: يجوز النكاح بغير الشهود.

والدليل على ما ذهبنا إليه: ما قدمناه من الأحاديث،

منها: حديث الحسن، عن عمران بن حصين، قال: قال رسول[٤] الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي، وشاهدي عدل ».

وحديث محمد وزيد ابني علي - عليهم السلام - قالا: قال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي وشهود ».

وحديث ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا يجوز نكاح إلاَّ بولي وشاهدين »، وقد مضت أسانيد هذه الأحاديث، والأخبار في هذا كثيرة بألفاظ مختلفة.

وروى أبو بكر الجصاص بإسناده عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: « البغايا اللاتي يُنكحن أنفسهن بغير بينة ».

---

(١) انظر: الأحكام ٣٤٥/١، ٣٥٢.

(٢) انظر: المنتخب ١٢٥.

(٣) انظر: الأحكام ٣٧٧/١،قال: ولا يصح بشهادة نساء لا رجل معهن،وكذلك انظر: الأحكام ٤٥٥/٢.

(٤) في (أ): النبي.

وفي حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: « لا /٦١/ نكاح إلاَّ بولي وشاهدين »[١].

وروي « أعلنوا النكاح »، و « أشيدوا النكاح »، وأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - نهى عن نكاح السر.

وكل ذلك يوجب الإشهاد؛ لأنه ما لم يحضر قوم لا يكون إعلاناً وإشادة، ويكون سراً.

فإن قيل: يعلن من بعد ويشاد.

قيل له: لا يمتنع ذلك من أن يكون النكاح وقع سراً[٢] وعلى وجه منهي عنه، وهذا يوجب فساده، ألا ترى أن مسلماً لو تزوج مشركة، ثُمَّ أسلمت بعد ذلك، لم يخرج بإسلامها النكاح من أن يكون وقع حين وقع على وجه الفساد، فكذلك ما اختلفنا فيه.

فإن قيل: فأنتم تجوزون النكاح الموقوف، فما أنكرتم أن يكون العقد موقوفاً على الإشادة؟

قيل له: نجوز النكاح[٣] الموقوف إذا لم يكن وقع على وجه الفساد، ألا ترى أنا لا نقف النكاح لو عقدته المرأة على رضى الولي وإجازته، وكذلك لا نوقف نكاح المشركة على إسلامها، فكذلك النكاح بغير شهود، على أن ما ذهبنا إليه مروي عن علي - عليه السلام - على ما بيناه في حديث زيد بن علي - عليه السلام - وقد روي أيضاً عن ابن عباس، ولا مخالف لهما.

ولا خلاف بين الفقهاء أن النكاح لا يجوز إلاَّ بأمر يضامه من إعلان، أو إشهاد، وأنه مخالف لسائر العقود.

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب الولي والشهود.

(٢) في (أ): سراً على.

(٣) في (أ،ب) نكاح الموقوف.

والإشهاد أولى أن يكون شرطاً فيه؛ لوجوه: منها: النصوص الواردة فيه. ومنها: أن الإعلان لا يتم إلاَّ بالإشهاد[١] على ما بيناه. ومنها: أن الإشهاد له مدخل في الأحكام، في صحتها وفسادها، ولا مدخل للإعلان فيها، فثبت بما بيناه أن الإشهاد يجب أن يكون شرطاً فيه.

فأما ما ذهبنا إليه من أنَّه يجوز شهادة رجل وامرأتين، فهو قول أبي حنيفة وأصحابه. وقال الشافعي لا بد من شهادة رجلين.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: حديث محمد وزيد ابني علي بن الحسين – عليهم السلام – عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: « لا نكاح إلاَّ بولي وشهود ».

وروي عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: « لا نكاح إلاَّ بولي وشهود ».

وذلك يتناول الرجل والمرأتين؛ لأن اسم الشهود يتناولهم جميعاً.

وما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – من قوله: « لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدين»، يقتضي صحة النكاح برجل واحد وامرأة واحدة، والثانية مضمومة إليها بالإجماع.

وقد استدل على أن[٢] الرجل والمرأتين في الشرع شاهدان بقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ فَإِن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة /٢٨٢)، وعلى هذا يجب صحة النكاح برجل واحد وامرأتين بصحة إطلاق اسم الشاهدين عليه.

ويدل على ذلك أنَّه عقد معاوضة، فوجب أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين، دليله البيع والإجارة، أو يقال: إنَّه حق لا تسقطه الشبهة، فوجب أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين، دليله سائر الحقوق من النسب، والولاء، والعتاق، وغيرها، أو يقال: هو مما

---

(١) في (أ): بإشهاد.

(٢) في (ب) على ذلك بأن الرجل...الخ.

يثبت بالشهادة على الشهادة، فأشبه سائر الحقوق، واعتبارنا أولى من /٦٢/ اعتبارهم وقياسهم عقد النكاح على الحدود والقصاص؛ لأن الحدود والقصاص جارية مجرى العقوبات، وتعلقها بالجنايات والمآثم، والنكاح بسائر الحقوق والعقود أشبه؛ لأنَّه عقد يحصل[1] على طريق المراضاة.

فصل: في من تجوز شهادته في النكاح

قال: ومن جازت شهادته في سائر الحقوق، جازت في النكاح، نحو العبد، والولد، والوالدين، وغيرهم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

وهذه الجملة مما لا أحفظ فيها خلافاً - أعني أن من تقبل شهادته يصح به عقد النكاح - وإنما الخلاف في العبد هل هو من أهل الشهادة أم لا؟.

وقول أكثر العلماء في الولد والوالدين أن النكاح ينعقد بشهادتهم.

ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي وشهود، وإلا بولي وشاهدين » فلم يستثن عبداً من حر، ولا قريباً من أجنبي، والعبد عندنا من أهل الشهادة، وكذلك الولد تقبل شهادته لأبويه، والأبوان تقبل شهادتهما لولدهما، وهذا مما نستقصي الكلام فيه في كتاب الشهادات، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يثبت النكاح بشهادتهم، كما ثبت في[3] سائر الحقوق.

فصل في اشتراط عدالة شهود النكاح

نص يحيى صلوات الله عليه على أن النكاح لا بد في انعقاده من عدالة الشهود[4]، وهو قول الشافعي، قال أبو حنيفة: يجوز النكاح بشهادة الفاسق.

---

(١) في (ب): تحصيل.

(٢) انظر: الأحكام ٣٧٤/١.

(٣) في (أ): ثبت سائر.

(٤) انظر: الأحكام ٣٤٦/١، ٣٧٤.

والدليل على ذلك ما قدمناه من حديث قتادة عن الحسن، عن عمران بن حصين، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدي عدل ».

ويدل على ذلك حديث ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « البغايا اللاتي يزوجن أنفسهن بغير بينة »، والبينة إذا أطلقت، اقتضت الشهود العدول؛ لأنها اسم لما يبين الشيء من جهته، والفاسق لا يبين[1] الشيء من جهته بشهادته، فاقتضى ما ذكرناه من الحديث أن تكون العدالة شرطاً في الشهود الذين ينعقد بهم النكاح.

وأيضاً لا خلاف أن النكاح لا يثبت مع التجاحد بشهادة الفاسق، فوجب ألا يثبت حين الانعقاد بشهادته بعلة أنَّه عقد نكاح، ولا خلاف أن النساء إذا انفردن لا يثبت بشهادتهن النكاح، فوجب ألا يثبت بشهادة الفاسق؛ قياساً على شهادتهن منفردات، والمعنى أنَّه عقد معاوضة، ويقاس الفاسق على الكافر في أن النكاح لا ينعقد بشهادته بلا خلاف بين المسلمين، والعلة ما هو عليه من الفجور.

فإن قيل: لا معتبر بحال التحمل إذا كان من أهل الشهادة.

قيل له: لسنا نسلم أن الفاسق من أهل الشهادة، ولا خلاف أنه يجب الاعتبار بحال تحمل الشهادة في عقد النكاح، ألا ترى أن الصبي والكافر لا ينعقد بهما النكاح، وكذلك العبد عند مخالفينا، فوجب ألا تجوز شهادة الفاسق، وأن يعتبر حاله عند انعقاد النكاح كما اعتبر حال غيره، ويشهد لنا قول /٦٣/ الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ (الطلاق /٢)، وقوله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (الحجرات /٦)، فأوجب الكف عن إمضاء شهادة الفاسق، ويعضد قياسنا جميع أصول الشرع، لأن كل موضع احتيج فيه إلى الشهادة، لم تجز فيه شهادة الفاسق، على أن شهادة الفاسق أسوأ حالاً من شهادة الكافر عندنا، وعند مخالفينا، لأنه لا خلاف بينه وبيننا في أن شهادته لا يحكم بها بتة، ويحكم عندنا وعندهم بشهادة أهل الذمة إذا

(١) في (أ): يتبين.

شهدوا على أهل ملتهم، فأما تعلقهم بعموم قوله: « لا نكاح إلاَّ بولي وشاهدين »، فلا وجه له، لأن الزيادة في الخبر يجب أن تكون مقبولة، كيف وقد قالوا هم: إن زيادة اللفظ أولى من زيادة المعنى؟ وفي خبرنا لفظ زائد وهو قوله: « وشاهدي عدل »، على أنا نخص خبرهم بخبرنا؛ لأنا نبني العام على الخاص.

مسألة: في الإقرار بالنكاح من الرجل والمرأة

قال: ولو أن رجلاً وامرأة أقر كل واحد منهما أنَّه زوج صاحبته، وزوجة صاحبها، جاز إقرارهما، فإن أقرا بنكاح من غير شهود، كان النكاح باطلاً، وإن ادعيا غيبة الشهود، أو موتهم، جاز إقرارهما، فإن اتهم أمرهما، استبحث عن حالهما احتياطاً واستحباباً.

نص في (الأحكام)[1] على أن إقرارهما بالنكاح جائز، فاقتضى ذلك أن ادعاءهما موت الشهود، أو غيبتهم، لا يمنع من جواز إقرارهما، ولا يكون ذلك إلاَّ إذا لم يكن هناك ما يبطل إقرارهما، ودل كلامه في (المنتخب)[2] على باقي ما ذكرناه.

[ما ذكرناه] من أن إقرارهما بالنكاح جائز إذا لم يكن هناك ما يبطل الإقرار مما[3] لا خلاف فيه؛ لأن كل واحد منهما أقر على نفسه بحق للغير، فوجب أن يلزمه، وثبت مثل سائر الحقوق إذا وقع الإقرار بها.

وقلنا: إنهما إذا أقرا بنكاح من غير شهود، كان النكاح باطلاً؛ لأنهما أقرا بأن النكاح الذي كان بينهما كان فاسداً، فوجب لذلك بطلانه. فأما ادعاؤهما موت الشهود، أو غيبتهم، فلا يقدح في إقرارهما، فلذلك أجزنا إقرارهما.

وقلنا: إن التهمة لو توجهت إليهما، استبحث عن حالهما استحباباً؛ للاحتياط، ولم نوجبه؛ إذ لا وجه له، لأن التهمة لا توجب إزالة ما أوجبه إقرارهما.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٨/١.

(٢) انظر: المنتخب ص ١٣١.

(٣) في (أ): فمما.

مسألة: في الرجل يدعي نكاح امرأة فتنكر أو العكس

قال: ولو أن رجلاً ادعى نكاح امرأة، فأنكرت المرأة، كان على الرجل البينة، وعلى المرأة اليمين. وكذلك إن ادعت المرأة النكاح، وأنكر الرجل.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [(١)]، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يحلف المنكر للنكاح.

والأصل في ذلك: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « البينة على المدعي، واليمين على المنكر »، فاقتضى الظاهر أن كل مُدَّعَىً عليه تلزمه اليمين، كما أن كل مدعٍ تلزمه البينة، سواء كانت الدعوى في النكاح، أو في غيره.

وروي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - حلّف ركانة حين طلق امرأته البتة[(٢)]، فدل ذلك على أن لليمين مدخلاً في الطلاق، وإذا ثبت ذلك في الطلاق، ثبت في النكاح، والرجعة، والولاء، والنسب؛ إذ لم يفرق أحد بين هذه الأشياء، ولا خلاف أنَّ من ادُّعي عليه مال، أو حق، من شفعة، أو بيع، أو قصاص، لزمته اليمين، فكذلك النكاح وسائر ما اختلفنا فيه، والمعنى أنَّه حق لآدمي له /٦٤/ مُطالِبٌ معين[(٣)]، أو لأنَّه فيما يقبل فيه شهادة النساء، فوجب أن تلزم فيه اليمين.

فإن قيل: هذا الذي ذكرتموه ثانياً لا يصح؛ لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء، ومع ذلك يجب فيه اليمين.

قيل له: لا يفسد القياس، لأنَّه إثبات الحكم بغير العلة التي ذكرناها، ومثل هذا لا يمنع.

فإن قيل: هذا في هذه الأمور مما لا يصح بذله من جهة الحكم بالنكول، والنكول بذل، فلا يصح أخذه بالنكول،وإذا لم يصح أخذه بالنكول، بان أنَّه لا تلزمه اليمين؛ لأن اليمين لو لزمت، لكانت لا تسقط رأساً، ولكان النكول يؤخذ به.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٧٨/١.

(٢) أخرجه ابن حبان ٩٧/١٠ والحاكم ٢١٨/٢ وأبو داود ٢٦٣/٢ والترمذي ٤٨٠/٣ والدارمي ٢١٦/٢ وابن ماجة ٦٦١/١.

(٣) في (أ): متعين.

قيل له: قد علمنا أن لزوم اليمين للمدعى عليه آكد في الشريعة من الأخذ بالنكول، لأن لزوم[١] اليمين نص ومجمع عليه، والحكم بالنكول طريقه الاجتهاد، فعلى هذا كان الأولى على ما ذهبتم إليه أن تلزموه اليمين، فإن أسقطتم الحق بالنكول، فلا وجه لإسقاط لزوم اليمين مع تأكده في الشرع بسقوط النكول الذي هو يعترض الاجتهاد.

فإن قيل: نحن وجدنا اليمين تسقط في مواضع بالاتفاق كمن يُدعى عليه شرب الخمر، أو الزنى، ونحوهما، ولم نجد في أصولنا النكول يسقط في شيء من المواضع مع لزوم اليمين، فكذلك قلنا: إن اليمين تسقط؛ إذ قد وجدنا ذلك في بعض الأصول، ولم نقل: إن حكم النكول يسقط مع لزوم اليمين، لأنا لم نجده في الأصول، فلما وجدنا حكم النكول في هذه المواضع ساقطاً، قلنا: إن اليمين لا تلزم فيها.

قيل له: ما ادعيتم من أنكم لم تجدوا في الأصول سقوط حكم النكول مع لزوم اليمين أمرٌ استبددتم به دون المخالف لكم، فلا يصح احتجاجكم به، وإذا لم يصح الاحتجاج به، كان أكثر ما فيه أنَّه مستمر على أصولكم، فيعود الأمر إلى ما قلناه من أن إسقاط حكم النكول أولى من إسقاط لزوم اليمين؛ للوجه الذي بيناه، على أنَّه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه أن الذين تلزمهم الأيمان للقسامة لو نكلوا، لم يكن يجب الحكم بنكولهم، فقد أريناهم في أصل اتفقنا نحن وهم عليه أن حكم النكول يسقط مع لزوم حكم اليمين.

فإن قيل: هذه الأشياء لما لم يصح فيها البذل، أشبهت الحدود في أن لا يمين فيها.

قيل له: هذا ينتقض بالقصاص، لأن القصاص لا يجوز به البذل، ومع هذا فقد أوجبتم فيه اليمين.

فإن قيل: فهو مما يصح فيه البذل، لأن رجلاً لو قال لآخر: اقتلني، فقتله، لم يكن عليه قصاص.

---

(١) في (أ): لزومه.

قيل له: هذا الذي ذكرتموه فاسد من وجهين: أحدهما: أنكم وإن لم توجبوا عليه فيه القصاص، فقد أوجبتم فيه الدية، و إن قلتم: إنها استحسان. والثاني: أنكم لما فرقتم بين النكول والإقرار، فجعلتم النكول بذلاً، وامتنعتم أن يكون الإقرار بذلاً، قلتم: إن الإنسان مخير بين أن ينكل وبين أن يحلف، وليس هو مخير بين أن يقر وبين ألا يقر؛ لأن /٦٥/ الإقرار - إن كان الحق عليه ثابتاً - وجب ألا يجوز الامتناع منه، وإن لم يكن الحق عليه، كان كذباً لا يجوز الإتيان به، وهذا بعينه موجود في بذل القتل، لأن الإنسان - إن كان دمه محظوراً - لم يكن له أن يبذل قتل نفسه، وكان ذلك أعظم من أن يقر ولا حق عليه، وإن كان دمه مستحقاً، لم يكن له أن يمتنع منه، فبان أن حكمه حكم الإقرار الذي امتنعتم من القول بأنه بذل أشبه، فإذا ثبت ذلك، ثبت انتقاض تعليلكم لإسقاط اليمين في النكاح، فإنه لا يصح بذله، وصح ما قلناه.

ومما يؤكد ما قلناه، ويدل عليه: أنا وجدنا كل حق - إذا ثبت بإقراره لم يكن لرجوعه عنه حكم - يلزم فيه اليمين إذا أنكر، وكل موضع يكون لرجوعه عنه حكم، لم يلزمه اليمين، ووجدنا النكاح والطلاق وما أشبههما من هذه الأمور التي اختلفنا فيها - إذا ثبتت بإقرار المقر - لم يكن لرجوعه عنه حكم، فوجب أن يلزم فيه اليمين، أو يقال: إن النكاح عقد معاوضة، فوجب أن يكون حكمه حكم البيع في وجوب اليمين فيه، على أن قولهم: إن النكول بذل نفسه،[لا يصح]؛ لأنَّه لو كان كذلك، لم يصح من المريض إلاَّ الثلث، ويفسد ما قالوه من أنا لو أوجبنا عليه اليمين، ثُمَّ لم نحكم عليه بالنكول، لأدى ذلك إلى إسقاط وجوب اليمين بالامتناع منه، وذلك أنَّه يمكن أن يقال: إذا لم يحلف، حبس، كما قلنا نحن وهم في القسامة.

مسألة: في المرأة تدعي على زوجها الدخول

قال: وإذا ادعت المرأة على زوجها الدخول بها، كانت عليها البينة، وعلى الزوج اليمين. وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

ووجهه ما مضى في المسألة التي قبلها، فلا غرض في إعادته.

(١) لم أعثر عليه في الأحكام في مظانه وهو في المنتخب ١٣٠.

باب القول في صفة الطلاق وتنوعه

مسألة: في طلاق السُّنَّة

إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته طلاق السنة، طلقها في طهرها من غير جماع.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢]، وهو مما لا خلاف فيه.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق /١)، ثُمَّ ورد فيه:

ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا أبو بكرة، وإبراهيم بن مرزوق، قالا: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، قال: سمعت عبد الرحمن بن أيمن، يسأل ابن عمر عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض، فقال: فعل ذلك عبد الله بن عمر، فسأل عن ذلك عمرُ رسولَ الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: « مُرْهُ فليرجعها حتى تطهر، ثُمَّ ليطلقها، ثُمَّ قرأ ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ في قُبل عدتهن »[٣].

وأخبرنا المقري، حدثنا الطحاوي، أخبرنا ابن أبي داود، حدثنا عبد الله بن صالح، حدثني الليث، حدثني عقيل، عن ابن شهاب، حدثني سالم بن عبد الله، أن عبد الله بن عمر أخبره أنَّه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: « مره فليرجعها، ثُمَّ يمسكها حتى تطهر، ثُمَّ تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها طاهراً قبل أن يمسها، فتلك العدة كما أمر الله تعالى »[٤].

وحدثنا أبو الحسين البروجردي، حدثنا محمد بن عمر الدينوري، حدثنا أبي، حدثنا

---

(١) انظر: الأحكام ٤١٨/١، ٤٥٣.

(٢) انظر: المنتخب ١٤١.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٥١/٣ وفيه: ثم قرأ {فطلقوهن لعدتهن} أي في قبل عدتهن.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٥٣/٣ وفيه: فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها طاهراً.

المصار بن جارود، عن هشيم[1]، عن أبي بشر جعفر بن إياس السكوني، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر، قال: طلقت امرأتي وهي حائض فردها إليَّ النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – حتى طلقتها وهي طاهر[2].

وكل هذه الأخبار دلت على ما قلناه، وأنه المراد بالآية.

مسألة: في الطلاق البدعي وحكمه

قال: فإن طلقها في الحيض، أو في طهر جامعها فيه، وقع الطلاق، وخالف السنة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3].

أما كونه مخالفاً للسنة، فلا خلاف فيه، وقد مضى من الخبر والآية ما يدل على ذلك، والأخبار فيه أكثر من أن تعد.

وأما وقوع الطلاق فيه، فهو قول أكثر العلماء، إلاَّ ما ذهبت إليه الإمامية، ورووه عن جعفر – عليه السلام – [من] أن الطلاق لا يقع في الحيض، وهو الأظهر من قول الناصر – عليه السلام –.

والدليل على أن الطلاق يقع في الحيض: قول الله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة /٢٢٩)، وقوله تعالى: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ**﴾ (البقرة /٢٣٠)، فبيّن أحكام الطلاق، ولم يستثن حالاً من حال، فأوجب ذلك وقوع الطلاق في جميع الأحوال.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿**إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ (الطلاق /١) فدل ذلك على أن الطلاق لغير العدة لا يقع.

---

(١) في (أ): هشام.

(٢) أخرجه ابن حبان في الصحيح ٨١/١٠ عن عبدالله بن موسى عن وهب بن بقية به، النسائي في السنن الكبرى ٣٤٤/٣ عن زياد بن أيوب به، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٥٢/٣ عن صالح بن عبد الرحمن عن سعيد بن منصور به .

(٣) انظر: الأحكام ٤٤٤/١.

قيل له: ليس في الآية دليل على ما ذكرتموه، بل فيه دليل على أنّه أمر من الله تعالى بذلك، وليس فيه ما يدل على أنّه لو طلقها لغير العدة ما يكون حاله، فيحمل قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ على أن ذلك هو المندوب إليه والمسنون، ويحمل قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ من غير استثناء شيء من الأحوال، على أنّه يقع في جميع الأحوال، ثُمَّ السنن الواردة كلها تدل على صحة ما نذهب[1] إليه، منها ما مضى من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « مره فليرتجعها » فلولا أن الطلاق كان وقع، لم يأمره بالمراجعة.

وأخبرنا أبو العباس الحسني، حدثنا[2] عيسى بن محمد العلوي، حدثنا محمد بن منصور، عن محمد بن جميل، عن إبراهيم بن محمد، عن أيوب، عن جابر، عن منصور، عن أبي وائل، عن ابن عمر، أنّه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر للنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ذلك، فقال: « مره أن يراجعها، وتعتد بتطليقة »[3]. فبان صحة وقوع الطلاق في الحيض.

وأخبرنا أبو العباس الحسني، أخبرنا أبو أحمد الأنماطي، حدثنا إسحاق بن إبراهيم الصنعاني، عن عبد الرزاق، عن الثوري، عن عاصم، عن ابن سيرين، قال: سئل ابن عمر هل احتسبت بها؟ قال: وما يمنعني، وإن كنت قد عجزت واستحمقت[4].

وفي بعض الأخبار: قلت يا رسول الله: لو كنت طلقتُها ثلاثاً، قال: كانت تبين، وكنت[5] تعصي ربك[6].

وأخبرنا أبو العباس الحسني، حدثنا محمد بن الحسين بن علي الحسيني البصري، حدثنا أبي، حدثنا زيد بن الحسين، عن أبي بكر بن[7] أبي أويس، عن ابن ضميرة، عن

---

(١) في (أ): يذهب.
(٢) في (أ): أخبرنا.
(٣) أخرجه محمد بن منصور ٣/٨٧.
(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/٣٠٩ وأخرج ابن أبي شيبة نحوه في المصنف ٤/٥٨.
(٥) سقط من (أ) كنت.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن ٧/٣٣٠.
(٧) في (أ): عن.

أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام – أنَّه كان يقول: «الطلاق في العدة على ما أمر الله تعالى، فمن طلق على غير عدة، فقد عصى الله تعالى، وفارق امرأته»[١].

فإن قيل: فقد روي عن عبد الله بن مالك، عن ابن عمر أنَّه طلق امرأته وهي حائض، فقال – صلى الله عليه وآله وسلم –: « ليس ذلك بشيء »[٢].

قيل له: هذا خبر قد استضعف سنده، وأخبارنا أكثر وأشهر، وإن ثبت، فلا ظاهر له؛ لأنا قد علمنا أنَّه شيء قد حصل وقد [٣] وقع، فلا بد فيه من تأويل، وإذا احتجنا وخصمنا جميعاً فيه إلى التأويل، قلنا يحتمل أن يكون المراد به ليس شيئاً يستحب ويختار.

وليس لهم أن يقولوا: إن الزوج لما كان موقعاً للطلاق على وجه يكون به عاصياً، لم يقع طلاقه؛ لأنَّه ينتقض بمن يطلق في الصلاة حتى يقطع صلاته بما يلفظ به.

ويُكشف أن كون[٤] ما يوجب الفرقة معصية لا يمنع من وقوع الفرقة بالردة، إذ لا خلاف أنها توجب الفرقة، ويمكن أن تقاس الحائض على الطاهر بمعنى أنها امرأة يصح طلاقها، أو يقاس التي دخل بها على التي لم يدخل بها بتلك العلة، فوجب أن يصح طلاقها في الحيض، أو يقاس الطلاق على الظهار؛ بعلة أن كل واحد منهما لفظ له مدخل في المنع من الوطء، فوجب أن يصح حصول حكمه في الحيض، فإن قاسوه على الوكيل الذي أمر بأن يطلقها طاهراً، فطلقها حائضاً، بأنه تعدى ما أمر به، كانت قياساتنا أولى؛ لاستنادها إلى النصوص التي لا تحتمل تأويلاً، ولأنه يفيد وقوع الطلاق، على أن الوكيل لا يشبه المطلِّق، لأن المطلق يطلق عن نفسه، والوكيل يطلق على الموكل، فصارت قياساتنا أولى؛ لأنا رددنا حكم من يُلزم نفسَه الأمرَ إلى حكم من يلزم نفسه[٥]، وهم ردوا حكم من يُلزم /١٢٩/ نفسَه إلى حكم من يُلزم غيره.

---

(١) رواه ابن بلال في شرح الأحكام (مخطوط).

(٢) أخرجه النسائي في السنن ١/٤٠٣.

(٣) سقط من (أ) قد.

(٤) في (ب) يكون .

(٥) في (ب): غيره. وظنن في هامشها على ما أثبتناه.

ومما يوضح الفرق بين الوكيل والمطلق: أن الوكيل ينفذ ما هو وكيل فيه بأمر الموكل فقط دون ما سواه، فمتى تجرد الأمر في طلاقها طاهراً - و لم يكن هناك أمر بطلاقها حائضاً - لم يصح طلاقه حائضاً، وليس كذلك المطلق؛ لأن طلاقه ينفذ، وإن لم يأمر الله به، بأن يخبر أنَّه نافذ واقع، أو بأن يدل عليه من غير جهة الخبر، فلا يمتنع أن يأمر بالطلاق على وجه مخصوص، ويدل على أنَّه قد يقع ذلك، وإن وقع على غير الوجه الذي أمر بإيقاعه عليه.

مسألة: في طلاق الصغيرة والآيسة والحامل

قال: ويستحب لمن أراد أن يطلق صغيرة لم تحض، أو آيسة، أن يكف عن مجامعتها شهراً، ثُمَّ يطلقها، وكذلك القول فيمن أراد أن يطلق الحبلى.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١].

ووجهه: أنَّه لما استحب أن يكون بين الجماع والطلاق حيضة في ذوات الحيض، استحببنا أن يكون بينهما شهراً في اللواتي لم يحضن من الصغيرة، والكبيرة، والحبلى؛ لأن الشهر قد أقيم مقام الحيضة الواحدة في كل حكم له مدخل في استبراء الرحم، نحو العدد، والاستبراء في الإماء.

مسألة: في الطلاق الرجعي

قال[٢]: وإذا طلق الرجل امرأته طلاق السنة، و لم تكن تلك التطليقة ثالثة، فالرجل أولى بها ما دامت في عدتها، فإذا انقضت عدتها، كان الرجل خاطباً من الخطاب.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣].

وهو مما لا خلاف فيه، سواء كان الطلاق للسنة، أو واقعاً في الحيض، في معنى المراجعة، ألا ترى إلى قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في ابن عمر حين طلق

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢٠.
(٢) سقط من (أ) قال.
(٣) انظر: الأحكام ١/٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠ - ٤٥٣، المنتخب ١٤١

امرأته حائضاً: « مره أن يراجعها »، وكذلك في أن العدة لو انقضت قبل المراجعة أن الزوج يكون خاطباً من الخطاب، وذلك إذا وقع الطلاق لا على عوض، وقد دل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٢٨)، أن المراد به المراجعة.

مسألة: في الإشهاد على الطلاق والمراجعة

قال: وقال القاسم - عليه السلام -: ولا بد من الإشهاد في الطلاق والمراجعة؛ ليكون أبعد من الخلاف والمنازعة.

وهذا منصوص عليه في (مسائل النيروسي)، ومروي عنه في (الأحكام) [١]، وقد دل تعليله بالبعد من الخلاف والمنازعة على أنه قاله على سبيل الاستحباب، ولم يجعله شرطاً في صحة الطلاق، ولا في صحة الرجعة.

وقد ذكر يحيى - عليه السلام - الإشهاد في (الأحكام) [٢]، ولم يذكر أنه شرط في صحته[٣] فدل ذلك على أنه استحباب، وقال أيضاً: ينبغي للمطلق أن يُشهد على طلاقه إن شاء حين يتلفظ به، وإن شاء عند انقضاء عدتها، فدل ذلك أيضاً أنه لا يجعل الإشهاد شرطاً في صحة الطلاق، وهو قول عامة الفقهاء، وذهبت الإمامية إلى أن الطلاق من شرط صحته الإشهاد، وأحد قولي الشافعي أنه شرط في صحة الرجعة.

والدليل على أن الإشهاد ليس بشرط في صحة الطلاق، ولا في صحة الرجعة: قول الله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق /١)، وقوله سبحانه: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ﴾ (البقرة /٢٢٩)، وقوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٣٠)، وقوله سبحانه: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة /٢٢٩)، فلم يشترط /١٣٠/ فيه شيئاً من الإشهاد، فعُلم أنه ليس بشرط في صحته.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٢٢/١.

(٢) انظر: الأحكام ٤١٩/١، ٤٢٠.

(٣) في (ب): صحتها.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾(الطلاق/٢)، فأمر بالإشهاد.

قيل له: لسنا نخالف أنه مأمور بالإشهاد، وإنما الخلاف في أنه شرط فيهما، أو في أحدهما.

ويدل على أنه ليس بشرط في الرجعة قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٢٨)، من غير اشتراط الإشهاد[1]. وما تعلق به الفريقان من قوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، لا يصح تعلق واحد منهما؛ لأنه وارد بعد ذكر الطلاق والرجعة، وليس تعلقه بأحدهما أولى من تعلقه بالآخر، ولا خلاف أنه غير متعلق بهما على الوجه الذي ذهبوا إليه، فبطل تعلقهم به، وصح أن المراد به الندب، فصح تعلقه على وجه الندب بالطلاق والرجعة جميعاً.

ومما يدل على صحة ما نذهب إليه من ذلك: قول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – لعمر حين سأل عن طلاق ابنه في الحيض: « مره فليراجعها حتى تطهر، ثم يطلقها »، ولم يشترط في واحد منهما الإشهاد، فدل ذلك على أن الإشهاد ليس بشرط فيهما، ولا خلاف أن الإشهاد ليس بشرط في العتق، فوجب أن يكون كذلك الطلاق، والعلة أنه إزالة ملك، وفي الرجعة حكم لا يفتقر إلى الولي، فوجب ألا يكون الإشهاد شرطاً فيه، دليله سائر العقود من البيع والإجارة وغيرهما، أو يقال: إن الرجعة هي استباحة البضع من غير أن يكون عقد النكاح، فوجب ألا يفتقر إلى الإشهاد، دليله شراء الأمة، ثم الأصول كلها تشهد لقياسنا؛ لأن شيئاً منها لم يغلظ بالحاجة إلى الولي، فلم يغلظ بالحاجة إلى الشهود، فوجب أن تكون الرجعة كذلك.

مسألة: في الخلع وألفاظه

قال: وإذا أراد الرجل أن يخالع امرأته، طلقها على عوض، فيقول: طلقتك على كذا، أو خالعتك عليه، أو بارأتك، أو غير ذلك من الألفاظ الجارية مجراه، بعد أن توافق المرأة على ذلك، أو يقول: أنت طالق على كذا، أو يقول: إذا أبرأتني من كذا، أو أعطيتني كذا، فأنت طالق.

---

(١) في (أ): في الاشهاد.

نص في (الأحكام) [1] على جميع ما ذكرناه، غير ما ذكرناه من قول الرجل: خالعتك، أو غير ذلك من الألفاظ الجارية مجراه، فإنه منبه عليها فيه.

وتحصيل المذهب: أن الخلع، والمباراة، والطلاق على عوض، كلها عبارات مختلفة على معنى واحد، والذي يدل على ذلك أن لفظ الخلع والمباراة يفيد الفرقة، كالطلاق، إذا اشترط العوض في أيهما كان، استوى حكمهما، ووقعت الفرقة، وملك الزوج عليها[2] ما بذلته من العوض، وهذا مما لا خلاف فيه، وقد اختلف في الخلع، هل هو فسخ، أو طلاق، وهو طلاق عند أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وقوله الآخر أنه فسخ، وليس بطلاق.

والذي يدل على أنه طلاق: ما رواه هناد بإسناده، عن سعيد بن المسيب قال: جعل رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – الخلع تطليقة واحدة[3].

ويدل على ذلك حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليهم السلام –: « إذا قَبِل الرجل من امرأته فدية، فقد بانت منه بتطليقة»[4].

ويدل على ذلك أيضاً أنها فُرقة تختص النكاح، وتقع بإيقاع الزوج، فيجب أن يكون طلاقاً، دليله الطلاق.

وأيضاً لا خلاف أن الخلع إذا أريد به الطلاق يكون طلاقاً، وكذلك إذا لم يرد به، والمعنى أنه خلع.

فأما /١٣١/ استدلال من استدل على أنه فسخ بأنه لو كان طلاقاً؛ لكان يصير الطلاق به أربعاً، لأن الله تعالى قال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾، ثم ذكر الخلع بقوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيْمَا حُدُودَ اللهِ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيْمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ..الآية﴾ (البقرة ٢٣٠)، فهو غير سديد؛ لأن الله

---

(١) انظر: الأحكام ٤٧٦/١، ٤٧٧.

(٢) (عليه) في النسختين ونبه على ما أثبتناه في هامش (ب).

(٣) ورواه ابن أبي شيبة بإسناده عنه ١١٧/٤.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الخلع.

سبحانه بيَّن الطلاق الثلاث بقوله سبحانه: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، فأراد بقوله: ﴿أَوْ تَسْرِيْحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ التطليقة الثالثة، ثم بين أحكام الطلاق الماضي ذكره، ودل على ما يجوز أخذ البذل[1] فيه، وما لا يجوز؛ لأنه تعالى ابتدأ ذكر طلاق آخر غير ما مضى، ثم ذكر بعد ذلك حكم التطليقة الثالثة؛ لأنه جعلها تطليقة أخرى؛ لأن الأمر لو لم يكن كذلك، لكانت التطليقات يصرن خمساً، فصح بما أوضحناه أن الخلع وإن كان طلاقاً، كان داخلاً في التطليقات الثلاث، وبطل ما تعلقوا به.

مسألة: في شروط جواز الخلع

قال: ولا يجوز الخلع إلا إذا خافا ألا يقيما حدود الله، وتكون المرأة هي الطالبة، وأبت الرجوع إلى حكم الله تعالى، ولا يجوز أن يخالعها على أكثر من مهرها، ونفقة عدتها، وتربية أولادها ونفقتهم.

جميعه منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [2] خلا ما ذكرناه من تربية الأولاد ونفقتهم، فإنه منصوص عليه في (المنتخب)[3] فقط.

والذي يدل على ما ذكرناه من أنه لا يجوز للرجل أخذ العوض على الطلاق إلا إذا خافا ألا يقيما حدود الله، ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيْمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيْمَا حُدُودَ اللهِ﴾ (البقرة /٢٢٩)، فنص تعالى على تحريم أخذ شيء مما أعطاها إلا على الشرط الذي ذكرناه، وبيَّن أن ذلك يحل متى حصل الشرط.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيْئاً مَرِيْئاً﴾ (النساء /٤)، فأباح أكل ما طابت به أنفسهن من مهورهن، فوجب أن يجوز أخذ الزوج إياه على سبيل الخلع، وإن لم يكن منها مشاقة إذا طابت به نفسها.

---

(١) في (أ): البدل.

(٢) انظر: انظر: الأحكام ١/٤٧٦، ٤٧٧ – ٤٢٥، المنتخب ١٥٧.

(٣) انظر: المنتخب ١٤٣.

قيل له: قول الله سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّاً أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ﴾ قد دل على أنه لا يحل مع طيب نفسها أن يأخذه على وجه الخلع، إلا على الشرط الذي ذكرناه، ألا ترى أن نفسها لو لم تطب، لم يحل له أن يأخذه، وإن خافا ألا يقيما حدود الله، فبان أن الآية وردت في إيجاب الشرط مع طيبة نفسها، ولا يمتنع أن يكون الإنسان إذا طابت نفسه بماله لآخر مُطْلَقاً يحل تناوله، ثم لو طابت نفسه بأن يتناوله على وجه محظور، لم يحل له أخذه، كما يؤخذ على سبيل الربا، وثمن الخمر، وأجرة البغيِّ، وما جرى مجراها، وكذلك لا يمتنع أن يحل أن يأخذ من مهرها ما طابت به نفسها على الإطلاق، ثم إذا طابت به نفسها على سبيل الخلع، لم يحل له أن يأخذ إلا على الشرط الذي ذكر الله تعالى.

فإن قاسوا الخلع إذا لم يُخف منها النشوز عليه إذا خيف، بمعنى أنه خلع، كان ذلك معارَضاً بأن يقال لهم: قد ثبت بالدلالة عندنا - وفاقاً مع الشافعي - أن للخوف مدخلاً في بعض أحكام الطلاق، والعلة أنه تمليك يختص البضع.

وقلنا: إنه لا يجوز أن يقع الخلع على أكثر مما أعطاها، إلا أن يكون نفقة عدتها، أو تربية أولادها[١] له؛ لما رواه أبو الحسن الكرخي بإسناده، عن شعبة، عن قتادة، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وآله /١٣٢/ وسلم فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خُلق، وإني لأكره الكفر في دار الإسلام، لا أطيقه بُغضاً، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « تردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فأمره النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يأخذ منها ما ساق إليها، ولا يزداد »[٢].

وروى أيضاً بإسناده، عن ابن جريج، عن عطاء، أن امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - تشكو زوجها فقال: « أتردين عليه حديقته؟ » فقالت: نعم وزيادة، فقال: « أما الزيادة، فلا »[٣].

---

(١) في (أ): أو تربية أولاد له.

(٢) ورواه البخاري ٢٠٢٢/٥ والبيهقي ٣١٣/٧ وابن ماجة ٦٦٣/١ والطبراني في الكبير ٢١١/٢٤ وفي بعضها بنت عبدالله بن سلول وبعضها بنت عبد الله بن أبي وبعضها بنت سلول.

(٣) ورواه عن ابن جريج عن عطاء: عبد الرزاق في المصنف ٥٠٢/٦ والبيهقي ٤١٣/٧.

وروى أيضاً بإسناده، عن ابن جريج قال: نزلت هذه الآية في ثابت بن قيس، وفي جميلة بنت عبد الله بن سلول، قال وكانت شكته إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فدعاه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فكره ذلك، فقال: أفتطيب لي بذلك نفسك[١]؟ قالت: نعم، قال ثابت: قد فعلت، فنزلت: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾.. الآية، قال: لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها، والحديث الأول قد رواه أبو العباس الحسني في (النصوص).

فإن قيل: فقد روي في الأخبار عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كانت أختي عند رجل من الأنصار تزوجها على حديقة، فكان بينهما كلام، فارتفعا إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: « أتردين عليه حديقته ويطلقك »؟ قالت: نعم، وأزيده، قال: « ردي عليه حديقته وزيديه »[٢].

قيل له: يحتمل أن يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - علم أن المهر كان زائداً على الحديقة، فإياه عنى بالزيادة؛ ليكون ذلك تلفيقاً بين الأخبار.

وأيضاً قد ثبت بالدلالة[٣] - وفاقاً مع أبي حنيفة - أن أحد طرفي المهر مقدر، فوجب أن يكون كذلك مال الخلع، والعلة أنه عوض البضع، وذلك أولى من قياسهم ذلك على سائر الأعواض؛ لاستناده إلى النصوص.

وقلنا: إنه يجوز أن يخالع على نفقة العدة، وتربية الأولاد ونفقتهم؛ لأنه مما يتعلق بأسباب النكاح الذي كان بينهما، فأشبه المهر، ولا يقدح فيه دخول الجهالة؛ لأن عوض البضع لا يفسد بذلك، ولا خلاف فيه بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي؛ لأنه كالمهر في أن دخول بعض الجهالة لا تفسده.

---

(١) في (ب) فقال أفيطيب لي بذلك قال نعم.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن ٣/٢٥٤.

(٣) في (أ): بالزيادة.

مسألة: في بينونة الخلع

قال: فإذا فارقها على ذلك، فقد بانت[١] منه، فلا رجعة عليها له، وهو خاطب من الخطاب إن لم يكن الخلع تطليقة ثالثة، ولهما أن يستأنفا نكاحاً جديداً قبل انقضاء العدة وبعده.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢] و(المنتخب)[٣] غير ما ذكرناه من أن لهما أن يستأنفا النكاح في العدة، فإنه منصوص عليه في (المنتخب)، وإن كان إطلاق[٤] لفظ (الأحكام) - في أن لهما أن يتراجعا بنكاح جديد من غير اشتراط انقضاء العدة - يقتضيه ويدل عليه، وهذه الجملة مما لا أحفظ فيها خلافاً عن أحد من فقهاء أهل البيت - عليهم السلام - وغيرهم، إلا ما يحكى عن أبي ثور أنه كان يذهب إلى[٥] أن للمخالع الرجعة مع تحصيله العوض، وذلك بعيد جداً؛ لأن الزوج لا يجوز أن يتملك البدل والمبدل معاً، ولا خلاف أنه يملك البدل الذي تبذله المرأة على بضعها، فلا يجوز أن يملك[٦] البضع مع بدله، ألا ترى أن المرأة لا تملك البدل، فوجب ألا يملك الزوج ما هو بدل منه، كالنكاح يملك المرأة المهر، ولا يكون للزوج عليه سبيل، ويملك[٧] الزوج البضع، ولا يكون لها سبيل عليه، فكذلك في الخلع، ويشهد لصحة هذا الاعتبار سائر عقود البياعات والإجارات والهبات على الأعواض.

وروى زيد، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «إذا قَبِل الرجل من امرأته فدية، فقد بانت منه /١٣٣/ بتطليقة»، فدل ذلك على حصول البينونة بحصول البدل، ودل أيضاً على أن الخلع طلاق.

---

(١) في (ب) بانت المرأة.
(٢) انظر: الأحكام ١/٤٧٦ - ٤٧٧.
(٣) انظر: المنتخب ١٤٣.
(٤) سقط من (أ) إطلاق.
(٥) سقط من (ب) إلى.
(٦) في (أ): يمتلك.
(٧) في (أ): يملك.

وقلنا: إنه ينكحها إن شاء نكاحاً جديداً في عدتها؛ لأن العدة إذا كانت منه، لم تمنع من نكاحه، ولا خلاف في ذلك.

مسألة: في مخالعة الأب عن ابنته الصغيرة

قال: ولو أن رجلاً خالع زوج ابنته الصغيرة عنها، وقع الطلاق، وكان للابنة أن تطالب الزوج بالمهر إذا كبرت، ورجع الزوج به على أبيها؛ إذ قد ضمن.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١].

قلنا: إن ذلك خلع؛ لأنه طلاق على عوض.

وقلنا: إن للابنة مطالبة الزوج بالمهر إذا كبرت؛ لأن حقها ثابت، ولا يسقط بإسقاط أبيها، كما لا تسقط سائر حقوقها بإسقاطه؛ لأنه لا ولاية له عليها فيما يضرها.

وقلنا: إن للزوج أن يطالب الأب به، لأنه طلقها على بذل بذله[٢] من يصح منه بذل الأبذال، فوجب أن يلزمه، قياساً على المرأة لو كانت هي المخالعة، يؤكد ذلك أن من قال لرجل له على آخر حق: عليَّ هذا الحق على أن تبرئ غريمك، صح ذلك، ولزم الضمان، فكذلك ما نذهب[٣] إليه.

فإن قيل: إن الأب لما لم يحصل له بإزائه شيء، لم يلزمه العوض، كان ذلك منتقضاً بالضمان والحوالة، ألا ترى أن المحتال والضمين يضمنان المال، وإن لم يحصل لهما بإزائه شيء، ويؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة /١)، وقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « المؤمنون عند شروطهم ».

فإن قال: فقد قال يحيى - عليه السلام -: إن الأب إذا قال ذلك بلفظ الإبراء، لزمه ضمان المال، والإبراء لا ينطوي على الضمان.

---

(١) انظر: المنتخب ١٤٧.

(٢) في (ب): على بذل نيابة من يصح منه بذل الأبدال.

(٣) في (أ): ذهب .

قيل له: الإبراء قد يكون بمجرد القول، وقد يكون بأن يضمن المال عمن عليه المال، فإذا احتمل الإبراء هذين الوجهين، حملناه من الأب على الصحة، وهو لا يصح إلا إذا حمل على الضمان، ألا ترى أن البيع إذا جاز أن يكون صحيحاً وفاسداً، حمل على الصحة في الإقرار وغيره، حتى يثبت الفساد، وكذلك النكاح، وسائر العقود.

مسألة: في بيان الطلاق الرجعي وبيان ألفاظه

قال: والطلاق الرجعي: كل طلاق للمدخول بها، لا على عوض، من غير أن يكون تطليقة ثالثة.

قد نص[١] في (الأحكام) [٢] أن الكنايات يقع بها الطلاق الرجعي، وذكر أن دخول العوض يجعله بائناً[٣]، وبيَّن فيه حال المطلقة ثلاثاً، وأنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وذكر نحوه في (المنتخب) [٤] وجميع ذلك إذا كانت المرأة مدخولاً بها، فأما إن كانت غير مدخول بها، فلا خلاف أن طلاقها بائن على أي وجه وقع[٥].

فأما الطلاق الصريح، فلا خلاف أن البينونة لا تقع إلا إذا كان على عوض، ولا خلاف أن قول الزوج استبرئي رحمك في هذا المعنى مثل صريح الطلاق.

واختلفوا في قوله: أنت بائن، أو برية، أو خلية، وما جرى مجراها، فذهب أبو حنيفة إلى أنها تكون بهن بائناً، وقال الشافعي بمثل قولنا.

والدليل على ما نذهب إليه من ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (البقرة /٢٢٨)، فلم يشترط أن يكون الفراق وقع بالصريح، أو الكناية.

ويدل عليه قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لابن عمر[٦]: «راجعها»، و لم

---

(١) في (أ، ب): قد نص عليه في الأحكام أن، ونبه على ما أثبتناه في (ب).

(٢) انظر: الأحكام ٤١٨ - ٤١٩، ٤٥٨، ٤٢٦، ٤٥٩.

(٣) انظر: الأحكام ٤٧٧/١.

(٤) انظر: المنتخب ١٤٥، ١٤٦.

(٥) انظر: الأحكام ٤٢٤/١.

(٦) سقط من (أ) لابن عمر.

يستثن بأي لفظ وقع الطلاق، فدل ذلك على أن حكم الألفاظ في كونها رجعية حكم واحد، ولا خلاف أن الصريح لا يقتضي البينونة إذا لم يقع على عوض، فوجب أن يكون البائن، /١٣٤/ والخلية، والبرية، كذلك، والعلة أنه طلاق، أو يقال: طلاق لم يستوف كمال عدده، ولم يوقع بشرط العوض، فوجب ألا يوجب البينونة في المدخول بها، ويمكن أن يقاس ما ذكرناه على قول القائل: اعتدِّي، واستبرئي رحمك، في أنه لا يوجب البينونة إذا لم يقع على عوض، يؤكد ذلك أن ما ذكرنا حكم الصريح والكناية - على ما بيناه - فوجب أن يكون ذلك حكم البائن والبرية، إذ لا يخلو ذلك من أن يكون صريحاً، أو كناية، على أنا وجدنا الصريح، وقول الزوج: اعتدِّي، متى دخلهما العوض، كانا بائنين، ومتى لم يدخلهما العوض، كانا رجعيين، فعُلم أن الحكم في البينونة تعلق بدخول العوض، فصح ما ذهبنا إليه، على أنا وجدنا كل لفظ موجب للفرقة - مع اتفاق الدينين، إذا لم يمنع من تجديد النكاح بين الزوجين، قبل نكاح زوج آخر - لا يوجب البينونة متى لم يقع على عوض، كالطلاق، والفراق، والسراح، واستبرئي، واعتدِّي، فوجب أن يكون قوله: أنت بائن، أو برية، كذلك.

فإن قيل: إذا ثبت أن الزوج يملك أن تبين بالبدل، وجب أن يملكه بغير بدل، كالعتق، والهبة.

قيل له: هذا لا يجب في جميع المواضع، ألا ترى أنه يملك عقد النكاح مع العوض، ولا يملكه على حد لا يجب معه البدل، وكذلك يملك البينونة بلفظ الطلاق مع البدل، ولا يملكه بغير بدل، كذلك البيع يصح إيقاعه مع البدل، ولا يصح بغير البدل، فلم يمتنع أن تكون البينونة كذلك، وإن وقعت بلفظ البائن والخلية، على أنا لا نمتنع من القول بأن الزوج يملك البينونة من غير عوض على بعض الوجوه، وهو أن يطلقها ثلاثاً على الحد الذي نذهب إليه، فسقط سؤالهم هذا بواحدة.

ويمكن أن يستدل في أول المسألة بقول الله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة /٢٢٩)، فجعل سبحانه الطلاق مرتين، وجعل بعده الإمساك، أو التسريح، ولا يكون الإمساك

إلا بعد الرجعة، فكأنه قال: بعد كل طلاق ثان رجعة، فوجب ذلك في كل طلاق وقع بأي لفظ كان، إلا ما خصه الدليل.

فإن قيل: إذا ثبت أن للزوج أن يأخذ البدل على البينونة، ثبت أنه مالك لها، وثبت أن له إيقاعها بغير بدل.

قيل له: هذا فاسد بجميع الوجوه التي ذكرناها في المسألة الأولى، فلا وجه لإعادته.

فإن قيل: قوله: أنت بائن، كناية، ولو لم توجب البينونة، كنا قد أسقطنا حكمه.

قيل له: نجعله طلاقاً، فلا نكون أسقطنا حكمه، ألا ترى أنه لا يوجب البينونة بقوله: اعتدِّي، وهذا لا يخرجه من حكمه، فهو غير ساقط.

فإن قيل: إذن أسقطنا حكمه الذي وجب من حيث اللغة[١].

قيل له: هذا لا معتبر به، وإنما الاعتبار بما يوجبه الشرع وأدلته.

مسألة: في بقاء التوارث أثناء عدة الرجعي

قال: وإذا طلق الرجل زوجته تطليقة رجعية، فإنهما يتوارثان ما دامت في العدة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

وذلك أن العصمة بينهما غير منقطعة، ألا ترى أنه يراجعها من غير نكاح يبتدئه، فثبت أنها زوجته، أوجبها ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ..الآية﴾ (النساء/١٢)، فالتوارث بينهما قائم، والمسألة وفاق لا خلاف فيها.

وقد روى ذلك زيد بن علي، عن أبيه، عن /١٣٥/ جده، عن علي - عليهم السلام - عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

مسألة: في المتابعة بين الطلاق

قال: والطلاق لا يتبع الطلاق، إلا أن تتخللهما الرجعة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٣]، وقال القاسم - عليه السلام-: إن الطلاق قد يتبع الطلاق، وإلى ذلك ذهب أكثر الفقهاء في التطليقة الرجعية، فأما

---

(١) في (أ): أوجبنا من حيث العلة.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٦٧.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٦٠. المنتخب ١٤٣ - ١٤٥.

البائن، فقول الشافعي فيه مثل قولنا، وقال أبو حنيفة: يتبعها الطلاق.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة /٢٢٩)، الذي هو الطلاق الثالث، فوجب أن يكون وقتهما وقتاً واحداً، وحالهما حالة واحدة؛ لأن ذلك مقتضى التخيير، ألا ترى أن التخيير لما وقع بين الكفارات الثلاث، كان موقعها ووقتها واحداً؟ وكذلك جزاء الصيد، فإذا ثبت ذلك، وثبت أن الإمساك لا يكون إلا بعد الرجعة، وجب ألا يكون التسريح الذي هو الطلاق الثالث إلا بعد الرجعة، فإذا ثبت ذلك في الطلاق الثالث، ثبت في الثاني، إذ لم يفصل أحد بينهما.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون المراد بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ إنما هو الرجعة، فيكون الإنسان مخيراً بين أن يطلق، أو يراجع، فلا يجب أن يكون الطلاق الثالث بعد الرجعة؟ قيل له: هذا يسقط من وجهين:

أحدهما: أن الإمساك ليس بعبارة عن الرجعة، إنما هو عبارة عن قيامه لها بما يلزمه، ألا ترى أنه لا يمتنع أن يقال: فلان راجع أهله، و لم يمسكها، ولو كان الإمساك عبارة عن الرجعة، لكان ذلك متناقضاً، فتبين أن الإمساك ليس هو الرجعة، وإنما هو قيامه لها بما يلزمه بعد الرجعة.

والوجه الثاني: أن المراد به لو كان هو الرجعة، لم تكن القسمة صحيحة؛ إذ كان تكون حالة ثالثة غير الرجعة والطلاق، وهو الترك لها حتى تنقضي عدتها، فتبين، ومتى راجعها، لم يكن بعد إلا ما ذكر الله تعالى من الإمساك بالمعروف، أو التسريح بإحسان، فكان الأولى أن يحمل الإمساك على ما قلناه ليتم مقتضى الظاهر، ويؤكد ذلك: ما رواه أبو داود أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لعمر في ابنه: « مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض وتطهر، ثم إن شاء، أمسك بعد ذلك، وإن شاء، طلق »، فجعل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - الإمساك بعد المراجعة[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٦١.

ومما يدل على ذلك ما مضى من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضاً، فسأل عمرُ رسولَ الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: « مره فليراجعها حتى تطهر، ثم يطلقها »، فلولا أن الطلاق لا يتبع الطلاق، لم يكن لأمره - صلى الله عليه وآله وسلم - بالمراجعة، ثم الطلاق بعده، معنى، فدل ذلك على أن الطلاق الثاني لا يقع بعد الطلاق الأول إلا بتوسط الرجعة بينهما، يكشف ذلك أن هذه الرجعة لا ترفع التطليقة الأولى، ولا هي جارية مجرى التوبة من إساءته بإيقاعها، ولا هي معتبرة بحكم العدة، فلم يبقَ وجه يكون أمرا بها من /١٣٦/ أجله غير ما ذكرناه من صحة وقوع التطليقة الثانية المسنونة.

ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي أن البائن لا يلحقها الطلاق وهي معتدة، فكذلك المطلقة طلاقاً رجعياً، والعلة أنها معتدة، فوجب ألا يلحقها الطلاق حتى ترفع الثلمة الواقعة بالطلاق الأول.

ويقال للشافعي وأبي حنيفة: لا خلاف بيننا وبينكم أن من قال لامرأته المدخول بها: أنتِ طالق ثلاثاً، أنه لا يلحق ذلك طلاق ما لم يرفع حكم ذلك اللفظ، فكذلك إذا قال لها: أنت طالق، والعلة أنها معتدة من طلاق، وليس لهم أن يدَّعوا أن علتنا لا تأثير لها؛ لأنها مؤثرة على أصلنا، إذ لا فصل عندنا بين قوله: أنت طالق، وبين قوله أنت طالق ثلاثاً.

فإن قيل: الزوج مالك للثلاث، فوجب أن يصح منه إيقاعها واحدة بعد أخرى، وإن لم يتخللهما الرجعة.

قيل له: لسنا نسلم أنه مالك للثلاث على الإطلاق، بل على شرط أن يجعل بين الطلاق والطلاق ما يرفع الثلمة الواقعة بالطلاق الأول، على أن هذا ينتقض على الشافعي بالطلاق البائن، وعليهما جميعاً بالمنقضية عدتها.

فإن قيل: هو زوج بعد التطليقة الأولى إذا كانت رجعية، فوجب أن يصح منه طلاقها.

قيل له: لا نمتنع من إجراء اسم الزوج عليه، ومع هذا لا يجوز طلاقه إلا مع[1] الشرط الذي ذكرناه؛ للأدلة التي مضت، ألا ترى أن الناس قد اختلفوا في طلاق السكران، وطلاق المكره، وطلاق الحائض، وإن لم يخرجوا الزوج من الزوجية، وإنما اتَّبعوا الأوكد من الأدلة مع بقاء الزوجية، فكذلك تجيء مسألتنا.

ومما يؤكد ذلك أن الثلمة الواقعة بالتطليقة الثانية[2] ما لم ترتفع، لم يكن لإلحاق الطلاق بها مسرح، فوجب أن يكون ذلك حكم كل ثلمة واقعة بالطلاق، أولاً كان، أو ثانياً، ويوضح ذلك أن قياسنا يزيد الطلاق الثاني شرعاً مستفاداً بالشرع، فهو أولى.

وأما أن الطلاق لا يتبع الطلاق البائن، فالخلاف فيه بيننا وبين أبي حنيفة دون الشافعي، والكلام فيه أظهر؛ لأنهما ليسا بزوجين، لأنهما ليسا يتوارثان، ولأن العصمة منقطعة، والمرأة قد ملكت بضعها، ويمكن أن تقاس على الأجنبية، بمعنى أنها لا تحل له إلا بنكاح جديد، فوجب ألا يلحقها طلاقه، ولا خلاف أن الكنايات لا يلحقها الصريح قياساً على الأجنبية، أو يقاس الصريح على الكناية بعلة أنه من ألفاظ الطلاق، فوجب ألا يقع عليها.

فإن قيل: روي عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: « المختلعة يلحقها الطلاق ».

قيل له: الخبر قد قيل: إنه ضعيف، وإن ثبت، كان المراد به أن الخلع طلاق، وهذا التأويل أولى؛ لأنه يعم المختلعات أجمع، وما يتأولونه يختص بعض المختلعات؛ إذ فيهن من لا يطلقن[3] بعد الخلع، فلا يلحقها طلاق ثان على وجه من الوجوه، والتأويل الذي يُبقي العموم على جهته أولى من المُقتضي لتخصيصه، وليس لهم أن يقولوا نقول بالوجهين جميعاً؛ إذ من مذهبهم أنه لا /١٣٧/ يجوز أن يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان.

---

(١) في (أ): على.

(٢) في (أ،ب): الثالثة وما ذكرناه نبه عليه في هامش (ب).

(٣) في (أ): يطلقهن.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى بعد ذكر الخلع: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٣٠)، فدل ذلك على أن المختلعة يلحقها الطلاق.

قيل له: هذا بيان حكم التطليقة[١] التي هي المراد بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوف أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، وقد بينا فيما تقدم أنه يجب أن يكون بعد الرجعة، أو إعادة الزوجية إن كانت قد انقطعت، فيجب أن يحمل على ذلك قوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾.

ومما يوضح كلامنا في المسألتين جميعاً - أعني أن الطلاق لا يتبع الطلاق الرجعي، ولا البائن - أن موضوع الطلاق إنما هو لأن يؤثر في النكاح؛ لأنه إما يوجب قطع العصمة، أو يوجب فيه ثلمة، وأقل ذلك أن يوجب قطع العصمة بانقضاء العدة، ووجدنا الطلاق الثاني لا يؤثر فيه شيئاً من التأثير غير حصوله في نفسه، فوجب أن يشبه طلاق الأجنبية، والمنقضية عدتها، ووجب ألا يكون له حكم.

مسألة: في من طلق امرأته أكثر من تطليقة بكلمة

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأته: أنت طالق، أو قال: أنت طالق تطليقة، أو تطليقتين، أو ثلاثا، أو أكثر من ذلك، أو بعض تطليقة، وقعت تطليقة واحدة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢]، وهو قول القاسم - عليه السلام - ورواه يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الأحكام) عن أحمد بن عيسى، وموسى بن عبد الله، وكذلك رواه عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - وعن محمد بن علي - عليه السلام - موقوفا: أن الثلاث واحدة، وإليه ذهب بعض الإمامية، وهو الأشهر عن الناصر - عليه السلام - وقال بعض الإمامية: لا يقع الطلاق، وروى أبو خالد عن زيد بن علي - عليه السلام - أن الثلاث ثلاث[٣]، وقد روي ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي - عليه السلام - وإليه ذهب الفقهاء .

---

(١) في (أ): المطلقة.

(٢) انظر: الأحكام ٤٤٩/١ـــ ٤٥٠ والمنتخب ١٤٣ـــ١٤٤.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب طلاق البائن.

والدليل على صحة ما ذهب إليه يحيى - عليه السلام -: قول الله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ (البقرة /٢٢٩) فأخبر تعالى أن الطلاق أجمع مرتان بعدهما ثالثة، فوجب أن يكون ذلك حكم كل طلاق؛ لأن دخول الألف واللام يدل على الجنس؛ إذ[1] لم يدل على العهد، فإذا ثبت ذلك، وثبت أن من قال لامرأته أنت طالق ثلاثا مطلق مرة واحدة، ثبت بعد ذلك أن له أن يطلقها ثانية، ثم تطليقة ثالثة، بحكم الظاهر.

فإن قيل: إن الظاهر يقتضي جواز وقوع الثلاث في طهر واحد؛ إذ ليس فيه وقوع كل واحدة منهما في طهر.

قيل له: هذا لا نمتنع منه على بعض الوجوه، وإن كان الفاعل لذلك مخالفا للسنة، وليس هذا بموضع الخلاف، وإنما الخلاف بيننا وبين خصومنا في هذا، وهو أن يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ثلاثا، وقد ثبت أن الظاهر يقتضي صحة وقوع تطليقة ثانية بعدها، ثم تطليقة ثالثة بعدها على ما بينا[2]، فصح ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: الآية تدل على جواز وقوع الثلاث في طهر واحد، في ثلاث دفعات، وإن لم تتخلل بينهن الرجعة، وإذا ثبت ذلك، فلم يفرق أحد بين قوله أنت طالق ثلاثا وبين ما ذكرنا، وإذا ثبت ذلك، ثبت أن قوله أنت طالق ثلاثا موجب/١٣٨/ وقوع الثلاث.

قيل له: نحن إنما استدللنا بالآية على أن الثلاث لا تقع بلفظة واحدة، فإذا ثبت لنا ذلك، كان ما ذكرتموه كلاما في أن الطلاق يتبع الطلاق أو لا،وهذا مما مضى الكلام فيه مستقصى.

وأما قولكم إنه لم يفصل أحد بين القولين، فليس كذلك، فإن القاسم - عليه السلام - يذهب إلى أن الثلاث لا تقع بلفظة واحدة، ويقول مع ذلك إن الطلاق يتبع الطلاق، وقد فصل بين المسألتين، وذلك يوضح سقوط ما سألتم عنه، ومما يدل على ذلك:

---

(١) في (أ): إن.

(٢) في (ب): قلنا.

ما أخبرنا به أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - أخبرنا عبد الرحمن بن أبي حاتم، أخبرنا الحسين بن أبي الربيع، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن ابن طاووس، عن ابن عباس، قال: كان الطلاق على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأبي بكر، وسنين من خلافة عمر: الثلاث واحدة، فقال عمر: إني أرى الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه[1].

وأخبرنا أبو بكر الطحاوي، حدثنا روح بن الفرج، حدثنا أحمد بن صالح، حدثنا عبد الرزاق، حدثنا ابن جريج، أخبرني ابن طاووس، عن أبيه، أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأبي بكر، وثلاث من أمارة عمر؟ قال ابن عباس: نعم[2]، وفي بعض الأخبار: وصدر من أمارة عمر.

وروي عن محمد بن إسحاق، عن داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن يزيد بن ركانة طلق امرأته ثلاثا البتة، فحزن عليها حزناً عظيماً، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم -: كيف طلقتها؟ قال: طلقتها ثلاثا في وقت واحد، فقال له: تلك الثلاث واحدة، فراجعها.

فهذه الأخبار نصوص فيما ذهبنا إليه.

فإن قيل: قد[3] علمنا أن عمر لم يكن يعترض بالخلاف على رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فإذا ثبت ذلك، ثبت أنه قد علم نسخه، فلذلك أمضاه.

قيل له: لا يجوز نسخ ما ثبت عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بقول عمر، [ولا]سيما وقد احتمل أن يكون عمر لم يعرف النص فيه عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ورأى أن المسألة فيها مسرح للاجتهاد، فقضى بذلك، يؤكد ذلك أنه لا يروى عن عمر أنه ذكر ذلك عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وإنما

(١) أخرجه مسلم ١٠٩٩/٢ وأبو عوانة ١٥٢/٣ وعبد الرزاق ٣٩٢/٦.
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٥٥/٣
(٣) في (أ): فقد .

هو مروي عن ابن عباس، على أن في الخبر الأول ما يدل على أنه لم ينسخ؛ إذ فيه أن الثلاث كانت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وأبي بكر، واحدة[١]، وقد علمنا أنه لا نسخ بعد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فكيف يكون بعد أيام أبي بكر؟

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد بذلك إذا قال الزوج للتي لم يدخل بها: أنت طالق، وطالق، وطالق .

قيل له:هذا تخصيص للخبر من غير دليل، وذلك مما لا يصح .

فإن قيل: فقد روي أن رجلاً طلق امرأته ألفاً فمضى بنوه إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالوا: يا رسول الله، إن أبانا طلق أمنا ألفاً، فهل لنا من مخرج؟ فقال: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً، بانت منه/١٣٩/ بثلاث، وتسع مائة وسبع وتسعون إثم في عنقه»[٢].فدل ذلك على خلاف ما تذهبون إليه من أن ذكر العدد لغو .

قيل له:لسنا ننكر أن من طلق ثلاثا على الوجه الذي يقع، يقتضي البينونة، وأن ما زاد على الثلاث لغو يكره له، فليس في الخبر ما يدل على موضع الخلاف ؛لأن الخلاف إنما هو في قوله أنت طالق ثلاثا، هل يكون موقعا للطلاق الثلاث، أم لا، وليس في الخبر أن الرجل طلقها ثلاثاً، أو ألفاً، بلفظة واحدة، فيحتمل أن يكون ثلاثا أو أكثر على الوجه الذي نذهب إليه من تكرير اللفظ بعد المراجعات، فلا تعلق لكم بظاهر الخبر.

فإن قيل: فقد روي في حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضاً، فأمره النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يراجعها أنه قال: فقلت: يا رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أرأيت لو كنت طلقتها ثلاثاً، أكان لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تبين، وتكون معصية، فدل ذلك على أن الثلاث تقع.

---

(١) سقط من (أ) واحدة .

(٢) أخرجه الهيثمي في المجمع ٣٣٨/٤ والدارقطني ٢٠/٤.

قيل له: الكلام في هذا الحديث كالكلام في الحديث الأول؛ لأنه سأل، فقال: لو كنت طلقتها ثلاثا، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: كانت تبين، وهذا مما لا ننكره، و لم يقل لو كنت قلت لها أنت طالق ثلاثاً.

فإن قيل: فقد روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها أبو حفص بن المغيرة ثلاثا بكلمة واحدة، فلم يبلغنا أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عاب ذلك[1].

قيل له:هذا الخبر معارض بما هو أولى منه، وذلك ما روي عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، عن فاطمة أنها كانت عند أبي حفص، فطلقها ثلاث تطليقات[2]، فهذا الخبر أوجب أنه طلقها ثلاث تطليقات متفرقات.

وروي أيضا أن مروان أرسل إلى فاطمة بنت قيس قبيصةَ بن ذؤيب، فسألها عن ذلك، فأخبرته أنها كانت عند أبي حفص، وأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمَّر عليا - عليه السلام - على بعض اليمن، فخرج معه زوجها، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها[3]، فدل هذا على ما دل عليه الخبر الأول، فإذا تعارض الخبران، صار الثاني أولى؛ لأنه مروي عن فاطمة وهي أعرف بكيفية طلاقها، وروي نحوه عن أبي سلمة، أو[4] تقابلا وسقط الاحتجاج به، ويرجع إلى ما اعتمدناه، وعلى نحو ما قلناه أجرى أصحاب أبي حنيفة الكلام في هذا الخبر حين احتج به عليهم أصحاب الشافعي في أن العدد لا تتعلق به البدعة.

فإن قيل: فقد روي أن يزيد بن ركانة حين طلق امرأته البتة، حلفه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بالله ما أردت إلا واحدة، فلولا أنه [لو][5] أراد الثلاث، كان يقع، ما كان لاستحلاف رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - له معنى.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٣٢٩/٧ والدارقطني ١٠/٤.
(٢) أخرجه مسلم١١١٦/٢ وابن حبان ١٢٤/١٠ وأبوعوانة ١٧٧/٣ وأبوداود ٢٨٧/٢ والنسائي٣٩٨/٣.
(٣) أخرجه مسلم ١١١٧/٢ وأبوعوانة ١٨٠/٣ وأبوداود ٢٨٧/٢ والنسائي ٢٦٦/٣ وعبدالرزاق ٢٢/٧.
(٤) في (ب) وروي نحوه عن أبي سلمة تقابلا، وظنن في هامشها على وإذا روي.
(٥) في (أ) كان.

قيل له: يجوز أن يكون وقع ما وقع من يزيد على سبيل الإقرار المحتمل؛ لأن البتة قد يعبر بها عن الثلاث، و[قد]يعبر بها عن الواحدة البائنة، ثم لما فسرها بالواحدة، وادعت المرأة الثلاث، استحلفه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وهذا لا يدل على أنه جعل البتة بلفظة واحدة ثلاثا في الإيقاع، ويؤيد هذا التأويل ما قد علمناه من أن المستفتي لا تلزمه اليمين، وإنما تلزمه متى حصلت الدعوى والإنكار، وهذا يمنع استشهادهم به، على أنه لا فرق بينهم وبين الإمامية إذا ادعوا أن الثلاث بلفظة واحدة لا يقع بها شيء، واستشهدوا بهذا الخبر، فقالوا: أراد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ألا يوقع شيئا لو فسرها بالثلاث، فحملوا على مذهبهم الغرض في التحليف.

ومما يدل على ذلك: ما أجمعنا عليه من أنه لو قال أنت عليّ كظهر أمي ثلاثا، لم يقع إلا ظهار واحد، فكذلك إذا قال/١٤٠/ أنت طالق ثلاثا، والمعنى أنه لفظ له مدخل في المنع من الوطء، فوجب أن يستوي فيه وجود ذلك العدد وعدمه، وأيضا لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أنه لو قال لها: أنت طالق، ونوى ثلاثا، أنه لا يقع إلا واحدة، فكذلك إذا قال أنت طالق ثلاثا، والعلة أنه أوقع الطلاق مرة واحدة، فوجب ألا يقع إلا تطليقة واحدة.

ويقال أيضا لأصحاب أبي حنيفة: قد أجمعنا في الكنايات أنه يستوي فيه نية الثلاث ولفظه، فوجب ذلك في الصريح والمعنى أنه لفظ يقع به الطلاق.

فإن قيل: إنه قد ملك الثلاث، فوجب أن يصح منه إيقاعها، كما أنه لما ملك الواحدة، صح منه إيقاعها.

قيل له: لا نمتنع من أنه قد ملك الثلاث، وأنه يصح منه إيقاعها، لكنا نختلف في كيفية صحة إيقاعها، ألا ترى أنه وإن كان مالكا للثلاث، فليس يصح وقوع الثلاث بالصريح إذا[١] لم يلفظ بالعدد عند أبي حنيفة، وعند الشافعي هو مالك للبائن[٢]، وهذا لا يصح إيقاعه بمجرد اللفظ إذا تعرى عن العوض، وهو أيضا قولنا على ما بينا،

---

(١) في (أ) إذ.

(٢) في (أ) للثلاث .

فكل راعى فيما ملك شرطا معه يقع الطلاق، فكذلك مسألتنا.

ومما يوضح ما قلناه: أنا وجدنا الإيقاعات كلها لا يؤثر فيها ذكر العدد، كالإيلاء، والأيمان، والظهار، واللعان، وعقود النكاح، والبياعات، فوجب أن يكون الطلاق كذلك.

فأما ما ذهب إليه الإمامية من أن الثلاث لا يقع بها شيء، فلا معنى له؛ لما روي أن يزيد بن ركانة طلق امرأته ثلاثا بكلمة واحدة، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «راجعها فإنها واحدة» على أنهم لا يخالفون أنه لو قال أنت طالق، لوقع به تطليقة واحدة، فوجب أن تكون زيادة ذكر العدد لا تمنع حصول حكمه، فأما ما رووا عن أمير المؤمنين - صلوات الله عليه وسلامه - أنه قال: « اتقوا المطلقات ثلاثا بلفظة واحدة فإنهن ذوات أزواج» فإنها من رواياتهم الواهية، فإن صح ذلك، فمحمول على أن لأزواجهم الرجعة عليهن.

مسألة: في من يقول لنسائه بينكن تطليقة أو نصفها

قال ولو قال لامرأتين، أو ثلاث نسوة، بينكن تطليقة، أو نصف تطليقة، أو أقل، أو أكثر، وقع على كل واحدة منهن تطليقة واحدة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(١).

وأصله المسألة التي مضت، وهو قول الرجل أنت طالق نصف تطليقة، أو ثلث تطليقة، وقد بينا أن الطلاق يقع لقوله أنت طالق، ونستدل على ذلك بعموم قوله سبحانه ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة /٢٢٩) وقوله ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوجاً غَيرَهُ**﴾ (البقرة /٢٣٠)، فعمومها يقتضي وقوع الطلاق مع ذكر النصف، أو أقل، أو أكثر، وأيضا قد ثبت أن النصف والثلث ونحوهما له مدخل في الأصول، كالبيع، والوصية، والإقرار، والعتق، فيجب أن يكون له مدخل في الطلاق فإذا ثبت ذلك في النصف، وجب أن يقع ذلك في النصف الثاني، إذ لا يجوز التبعيض في الطلاق، فإذا ثبت في قوله نصف تطليقة وثلثها، ثبت في قوله بينكما تطليقة؛ إذ هو

(١) انظر الأحكام ١/ ٤٦٠-٤٦١.

جار مجرى قوله كل واحدة منكما طالق نصف تطليقة، ألا ترى أنه لا فصل بين أن يقول لرجلين: لكل واحد منكما نصف درهم، وبين أن يقول: بينكما درهم، في أن لكل واحد منهما نصف درهم، فكذلك يجب ألا يكون فصل بين أن يقول للمرأتين بينكما /١٤١/ تطليقة، وبين أن يقول لكل واحدة منكما نصف تطليقة.

مسألة: في الطلاق ثلاثا بتكرير اللفظ

قال وكذلك لو قال لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، لم يقع إلا تطليقة واحدة، سواء قال ذلك قبل الدخول، أو بعده.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(١).

ووجهه: ما قد مضى من أن الطلاق لا يتبع الطلاق، إلا أن يرتفع حكم الطلاق الأول بالرجعة إن كان الطلاق رجعيا، أو بنكاح جديد إن كان بائنا، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في من طلق ثلاثا يراجع بينهن في طهر واحد

قال: ولو أنه قال بعد الدخول: أنت طالق، ثم قال راجعتك، ثم قال أنت طالق، ثم قال راجعتك، ثم قال أنت طالق، وقعت ثلاث تطليقات، سواء قال ذلك في مجلس، أو مجلسين، أو أكثر من ذلك، ولا يكون مُطَلِّقا على السنة، وإن أراد أن يطلق ثلاثا على السنة أوقعها في ثلاثة أطهار من غير جماع فيها، ويراجع بين كل تطليقتين.

ما ذكرناه أولا من وقوع الثلاث على الحد الذي وصفناه منصوص عليه في (المنتخب)(٢) وما ذكرناه من وقوعها على غير(٣) السنة قد دل عليه كلامه في (الأحكام) حيث يقول لمن طلق للأجل الطويل ويكون ذلك عونا له على استدراك أمره، يعني الرجعة(٤).

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٦٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٤٥.

(٣) سقط غير من ب.

(٤) انظر: الأحكام ١/٤٥٣ـ ٤٥٤ وفيه: فلما أن كان لمن طلق طلاق السنة هذا الأجل الطويل وكان ذلك عونا له على أمره واسستدراكا لخطأ إن كان من فعله، نبههم الله عليه وأمرهم أمر تأديب.

قلنا: إن طلاق الثلاث يقع على ما بيناه أولا؛ لأنا قد بينا أن الطلاق واقع على كل حال بعد أن تكون الزوجية الكاملة حاصلة، وأن وقوعه على خلاف السنة لا يؤثر فيه؛ لإجازة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - طلاق ابن عمر، وهو إذا طلقها، ثم راجعها، عادت الزوجية كاملة كما كانت، فوجب أن يصح وقوع الطلاق الثاني، ثم كذلك الثالث.

ويدل على ذلك: ما روي أن ابن عمر قال: قلت: يا رسول الله، أرأيت لو طلقتها ثلاثا، قال: «كانت تبين، وكنت تعصي ربك» فدل على أن الطلاق الثلاث يقع في حيضة واحدة، وإذا قد ثبت أن الطلاق لا يتبع الطلاق، فلا بد من أن يكون وقوعها على ما قد بيناه من توسط الرجعة بين كل تطليقتين.

وقلنا: إن من أوقع في طهر واحد يكون موقعا لها على خلاف ما أُمر به - وبه قال أبو حنيفة خلافا للشافعي - لما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أتي برجل طلق امرأته ألفا، فقال لبنيه: «إن أباكم لم يتق ربه، فلم يجعل له مخرجا، بانت منه بثلاث على غير السنة»، ويدل على ذلك قول الله تعالى ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**﴾ (الطلاق /١)، وإحصاء العدة لا يكون إلا للرجعة، فدل ذلك على أن التطليقة المندوب إليها هي التطليقة التي بعدها للرجعة مساغ، ويدل على ذلك قول الله تعالى ﴿**لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً**﴾ (الطلاق /١) والمراد به الرجعة.

فإن قيل: فجوزوا أن يطلقها تطليقتين معا.

قيل له: إذا ثبت أن المندوب هو أن يطلق التطليقة الرجعية، فلا قول بعده إلا قول من يقول في ثلاثة أطهار حتى يكون موقعا للسنة، فأما ما روي أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا بكلمة واحدة فلم يبلغنا أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عاب ذلك، فقد مضى من الكلام فيه ما يغني عن الإعادة، ولا خلاف أنه منهي عن إيقاع الطلاق في الطهر الذي وقع فيه الجماع/١٤٢/، والعلة فيه أنه موقع على خلاف السنة والمستحب، فوجب أن يكون منهيا عنه، فكذلك الطلاق الثلاث الموقعة في طهر واحد، ومخالفنا لا ينكر أنه مطلق على غير السنة والمستحب، إلا أنه

يقول إنه مباح، ويمكن أن يقاس بهذه العلة على الطلاق في الحيض، على أنه إجماع الصحابة، فقد روي عن علي – عليه السلام – أنه قال: لو أن الناس أخذوا بما أمر الله في الطلاق، ما أتبع رجل نفسه امرأة، يعني أنه كان لا يطلقها طلاقا لا رجعة فيه.

وروى هناد بإسناده عنه – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «من طلق طلاق السنة، لم يندم».

وروى عن عمر أنه كان إذا رأى رجلا طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد، أوجعه ضربا، وفرق بينهما، ولا يجوز أن يضرب على المباح، ولا على أمر عرفه بالاجتهاد، فدل ذلك على أنه عرف النهي نصا.

وروي عن ابن عباس أن رجلا جاءه فقال: إني طلقت امرأتي ثلاثا، فقال: إن أحدكم يطلق، فيركب الأحموقة، ثم يقول يابن عباس، وإن الله تعالى قال ﴿وَمَن يَتَّقِ الله يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجاً﴾ (الطلاق /٢)، فإنك لم تتق الله، فما أجد لك مخرجا، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك.

وروي نحوه عن غيرهم من الصحابة، كابن مسعود، وغيره، ولم يرو خلافه عن أحد منهم، فكان ذلك جاريا مجرى الإجماع، فوجب به صحة ما قلناه.

وقد استدل على ذلك بما روي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال لابن عمر حين طلق امرأته حائضا (مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، وتطهر، ثم يطلقها إن شاء) فلولا أن السنة تقتضي أن يكون بين الطلاقين حيضة، لم يكن لقوله – صلى الله عليه وآله وسلم – معنى، بل كان يقول حتى تطهر، ثم تطلق.

مسألة: في طلاق المماليك، وطلاق غير المدخول بها ثلاثا

قال: والعبد يطلق ثلاثا كما يطلق الحر. فإذا لم يكن الرجل دخل بالمرأة، لم يمكنه أن يطلقها ثلاثا حتى يبتدئ النكاح ثلاثا.

ما ذكرنا من أن العبد يطلق ثلاثا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1] وهذا قد مضى الكلام فيه في كتاب النكاح في مسألة نكاح العبيد، فلا وجه لإعادته.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٦٥/١ – ٤٦٦ والمنتخب ١٥٤.

وما ذكرناه من أن التي لم يدخل بها لم تطلق ثلاثا، إلا بأن تنكح ثلاثا، مما اقتضته أصوله، وذلك أنا قد بينا أن الثلاث لا تقع بلفظة واحدة، فلا سبيل إلى تطليقها ثلاثا إلا على الوجه الذي بيناه من تجديد نكاحها؛ إذ رفع حكم ما يقع عليها من الطلاق إنما هو بتجديد النكاح فقط.

مسألة: فيما يفعله من طلق الحائض

قال القاسم – عليه السلام –: وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض، راجعها، ثم فارقها على السنة إن شاء.

وهذا منصوص عليه في (مسائل النيروسي) ونص أيضا في (المنتخب)[1] عليه، ونص فيه على أن الرجعة مستحبة، وليست بواجبة، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وقال مالك: الرجعة واجبة.

والذي يدل على أنها مستحبة وليست بواجبة: أمر النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – لابن عمر حين طلق امرأته حائضا، والمأمور به أقل ما فيه أن يكون مستحباً، كما أن ما لا يتم الواجب [إلاَّ به] يكون واجباً، ألا ترى أن الطهارة للصلاة/١٤٣/ المكتوبة واجبة، وللصلاة النافلة نافلة .

فأما ما يدل على أنها غير واجبة: قول الله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا ﴾ (البقرة /٢٢٨)، فعلق الرجعة بالإرادة، فدل على أنه ليس بواجب، وفي بعض الأخبار في حديث ابن عمر (ليطلقها إن شاء)، والشرط عائد على جميع ما تقدم، فكأنه – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: مره فليراجعها إن شاء، ويبين ذلك أيضا أنا قد بينا أن الأمر بالرجعة لا وجه له إلا ليصح الطلاق الثاني، وإذا ثبت أن الطلاق الثاني لا يجب، لم يجب الأمر الذي أمر به ليتم الطلاق، كما بينا أن طهور النافلة يجب أن يكون نفلا غير واجب، يؤكد ذلك أن الرجعة حق للزوج، فلا يجب استيفاؤه، دليله سائر الحقوق.

---

(١) انظر: المنتخب ١٥٣.

مسألة: في تعليق الطلاق بمدة معينة

قال: ولو أن رجلا قال لأهله أنت طالق إلى شهر، أو إلى سنة، أو أقل، أو أكثر، وقع الطلاق عند انتهاء المدة المضروبة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1]، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: يقع في الحال.

والأصل فيه: أن النكاح ثابت ولا ينتفي إلا بدليل، ولا سبيل لهم إلى أن يقولوا إنه لفظ الطلاق فوجب ألا يقع؛ لأن الملفوظ به قد لا يقع حكمه عندهما وعندنا على وجوه كثيرة كطلاق المكره والمعتوه، وليس له أيضا أن يقول: إنه لفظ له حكم فيجب أن يقع في الحال؛ لأنه تلفظ بالطلاق المعلق على الشرط، فلا يقع، والذي يدل على ذلك أنه لا خلاف إذا قال: (أنت طالق إذا قدم زيد) أنها لا تطلق قبل قدوم زيد، فكذلك إذا قال أنت طالق إلى شهر، والعلة أنه طلاق علق على شرط، فوجب ألا يقع إلا مع حصول ما علق به.

فإن قيل: هذا يؤدي إلى أن يتعلق النكاح بزمان مخصوص، وذلك فاسد بدلالة أن من تزوج امرأة إلى شهر، لم يجز نكاحه.

قيل له: لم يفسد النكاح الذي ذكرت لتعلقه بالزمان، ألا ترى أنه إذا علق الطلاق بقدوم زيد، تعلق النكاح بالزمان الذي بينه وبين قدوم زيد، وإنما فسد النكاح إذا تزوج بها إلى شهر؛ لأنه استثنى بعض ما أوجبه اللفظ؛ لأن لفظ النكاح اقتضى الاستدامة، فصار الشرط كالاستثناء، فجرى ذلك مجرى الناقض للعقد، على أن الطلاق إذا صح تعليقه على الشرط، فارق حاله حال النكاح الذي لا يصح ذلك فيه، على أن قياسهم لو صح، لوجب أن يبطلوا الطلاق أصلا، كما أبطلنا نحن وهم النكاح في الأصل الذي اعتمدوه.

فإن قيل: بين ما اعتمدتموه وذكرتموه من تعليق الطلاق بالصفة والشرط وبين ما اختلفنا فيه فرق؛ لأن ما جعلتموه أصلا قد يحصل ولا يحصل لا محالة.

---

(١) انظر: الأحكام ١/ ٤٦٩ والمنتخب ١٥١.

قيل له: اختلافهما فيما ذكرتم لا يمنع من القياس، فلا وجه لتعلقكم به، على أنه لا فرق بين تعليق النكاح بين أمر قد يقع[1] ولا يقع وبين تعليقه بأمر واقع لا محالة، فوجب ألا يكون فرق بين تعليق الطلاق بهما؛ لأن كل واحد منهما حكم يختص البضع .

فإن قيل: المكاتبة لما كانت تعليق زوال الملك بزمان، وجب أن يحرم الوطء حين العقد، فكذلك الطلاق المعلق بزمان، وإذا ثبت تحريم الوطء، فلا قول بعده إلا القول بوقوع الطلاق.

قيل له: لا فرق بينكم وبين من قلب ذلك عليكم فقال: لما كان الملك بالمكاتبة لا يزول إلا بحصول ما علق به من الشرط، وجب مثل ذلك في الطلاق، فإذا ثبت ذلك، فلا قول بعده إلا قول من قال/١٤٤/ بإباحة الوطء إلى حين الوقت المعلق به، على أن ما استدلوا به من ذلك ينتقض عليهم؛ لأن الكتابة (إذا)[2] علق زوال الملك بها بما يجوز أن يحصل ويجوز ألا يحصل، وعندهم أن الطلاق متى علق بمثله، خالف حكمه حكم العتق الواقع بالكتابة في الوجه الذي جمعوا بينهما، ألا ترى أنه لو قال أنت طالق وقت قدوم زيد، فلا خلاف بيننا وبينهم أن تحريم الوطء لا يقع حتى يقع قدوم زيد، وهذا نقض ظاهر، ويؤيد ما ذهبنا إليه قول الله تعالى ﴿**أوفوا بالعقود**﴾(المائدة /١) وهو قد عقد الطلاق إلى مدة، فوجب[3] ألا يغير حكم عقده، وقول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – (المؤمنون عند شروطهم).

مسألة: في الكتابة بالطلاق

قال ولو أنه كتب إليها أنت طالق إذا جاءك كتابي هذا، وقع الطلاق يوم يأتي الكتاب، فإن ضاع الكتاب، أو احتبس عنها، لم يقع الطلاق، وإن كتب أنت طالق، وقع الطلاق يوم كتب.

---

(١) في (أ) وقع.

(٢) لعل (إذا) زيادة من الناسخ، والله أعلم.

(٣) في (ب) فيجب .

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1]، وروي عن القاسم عليه السلام، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والأصل فيه: أن الكتابة جارية مجرى الكلام لوجهين:

أحدهما: ما ثبت عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه أجراها مجرى الكلام في مكاتبة من كاتب داعيا إلى الإسلام والشرائع حتى لم يفصل بين من خاطبه شفاهاً في ذلك وبين من كاتبه في لزوم ما كان - صلى الله عليه وآله وسلم - يلزمه إياه.

والثاني: أن العرف قد حصل بين الناس بأنهم يتخاطبون بالمكاتبة كما يتخاطبون بالألسنة[2]، ولا يمتنع أن يقال إن الكتابة في ذلك أبلغ ؛ لأنه خطاب للغائب والحاضر، فإذا ثبت ذلك، فأقل ما يجب فيها أن تجري مجرى الكنايات عن الطلاق في وقوع الطلاق بها، فإذا صح ذلك، صح ما قلناه من أن المطلق منها يوجب وقوع الطلاق في حال الكتابة، والمعلق منها على شرط وصول الكتاب ونحوه يقع بحصول الشرط كما صح ذلك في سائر ألفاظ الطلاق.

مسألة: في من أوقع الطلاق على إحدى زوجاته

قال: ولو أن رجلا له ثلاث نسوة أو أربع نسوة، فأوقع الطلاق على واحدة منهن مجهولة، طلَّق من لم يطلق منهن، ثم راجع من أحب مراجعتها منهن.

ولو كانت المسألة بحالها ومات الزوج، فكأنه لم يطلق.

جميعه منصوص عليه في (الأحكام)[3].

ومعنى ما قلناه إن الزوج إذا مات، فكأنه لم يطلق: إنما هو في حكم الطلاق والإرث دون العدة؛ إذ قد نص في (الأحكام) على أن الجميع منهن يعتد بآخر الأجلين.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٣٧/١ والمنتخب ١٥١.

(٢) في (أب) بالملاسنة لا.

(٣) انظر: الأحكام ٤٣٨/١.

ووجه قولنا إنه إذا لم يعرف المطلقة منهن يطلق من لم يطلق منهن، ثم يراجع من أحب منهن: أن الالتباس لا يرتفع إلا بذلك .

فإن قيل:فهلا راجع من طلق من غير أن يطلق البواقي ؟

قيل له: لا يفعل ذلك لوجهين:

أحدهما: أن الرجعة لا تثبت على الشرط ودخول الجهالة كما يثبت الطلاق المشروط مع الجهالة، فيصح أن يطلق فيقول، من لم تطلق، فهي طالق، ولا يصح أن يقول قد راجعت من طلقت.

والثاني: أن ذلك وإن صح، فالالتباس قائم بأنه لا يفصل بين من هي عنده على تطليقة أو أكثر من ذلك، فإذا فعل ما ذكرنا، انكشف الأمر فيه .

وقلنا: إنه إن مات مع الالتباس، فكأنه لم يطلق - ونريد به حكم الطلاق والإرث - لأن حكم الطلاق لا يتميز؛ إذ الرجل قد مات ولم يبين، والإرث أيضا بينهن على سواء، ربعا كان أو ثمنا.

مسألة: في أن البائن لا يصير رجعيا بالنية والعكس

قال: ولا مدخل للنية في أن يصير بها الرجعي بائنا والبائن رجعيا.

وهذا مما دلت عليه /١٤٥/ أصول يحيى - عليه السلام - في (الأحكام) وغيره .

والأصل فيه: ما بيناه من أن البينونة تقع في المدخول بها بوقوع التطليقة الثالثة، أو بوقوع الطلاق على عوض، وأن الطلاق إذا وقع على عوض، فلا رجعة فيه، وثبوت ما ذكرناه يبين أن النية لا تغير حال البائن وغير البائن.

باب القول فيما يقع من الطلاق وما لا يقع

مسألة: في اعتبار النية في الطلاق

لا يقع الطلاق إلا بالنية. وهذا مما دلت عليه فتاوى يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الأحكام) وغيره[١].

والدليل على ذلك: قول الله عز وجل ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (البقرة /٢٢٦-٢٢٧)، فجعل حكم المولي بالفيئة، أو إرادة الطلاق، فثبت أن الطلاق لا يقع دونها، وأيضا روي عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى»، فقصر ما له على ما نواه، فمن لم ينو الطلاق، فيجب ألا يكون له طلاق .

فإن قيل: فقد روي (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد) إحداهن الطلاق[٢].

قيل له: هذا يقتضي وقوع طلاق الهازل فقط، والهازل قد يكون قاصدا، فليس فيه خلاف لما ذهبنا إليه، ولا خلاف في الكنايات أنها لا توجب الفرقة ما لم ينو بها الطلاق، فكذلك الصريح، والمعنى أنه لفظ له مدخل في إيقاع الفرقة، ولا خلاف أيضا أن من أتى بلفظ الطلاق على وجه الحكاية وما جرى مجراها، لم تقع الفرقة، فكذلك ما اختلفنا فيه، والمعنى أنه لفظ طلاق لم تقارنه النية، وإذا حصل الوفاق بيننا وبين الشافعي أن طلاق المكره لا يقع، فيجب ألا يقع طلاق من لا يقصد إلى الطلاق، والعلة عدم القصد، يدل على ذلك أنه لو قصد إلى إيقاع الطلاق في حال الإكراه، لوقع الاتفاق، فبان أن المانع من وقوعه هو عدم القصد.

فإن قيل: لا خلاف بين المسلمين في حصول الفرق بين الكناية والصريح، وقولكم يقتضي التسوية بينهما، فهو أيضا مؤدٍ إلى خلاف الإجماع.

---

(١) انظر: الأحكام ٤١٨/١ - ٤١٩ والمنتخب ١٤١.

(٢) أخرجه الحاكم ٢١٦/٢ والترمذي ٤٩٠/٣ والبيهقي ٣٤٠/٧ والدارقطني ٢٥٧/٣ وأبو داود ٢٥٩/٢ وابن ماجه ٦٥٨/١ ولفظ الحديث: الطلاق والنكاح والرجعة .

قيل له: نحن أيضا نفرق بينهما بضرب من الفروق، وذلك أنا لا ندين الذي يأتي بالصريح في القضاء، ولا نجعل القول قوله مع يمينه، وإنما ندينه فيما بينه وبين الله تعالى، والذي يأتي بالكناية ندينه في القضاء، ونجعل القول قوله مع يمينه، وإذا جعلنا بين الصريح والكناية ضربا من الفرق، سقط اعتراضهم هذا، ويؤكد ما ذهبنا إليه قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»، وهذا في حكم المخطئ والناسي؛ إذ لا قصد لهما إلى الطلاق، وليس لأحد أن يتأول ذلك على الإثم فقط؛ إذ يجب حمله على جميع الأحكام، ومنها الإثم.

مسألة: في طلاق المكره والصبي والمجنون ومن في حكمه

قال: ولا يقع طلاق المكره، ولا طلاق الصبي حتى يبلغ، ولا طلاق المجنون، ولا المغلوب على عقله - لأي علة كانت - حتى يعقل.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1].

أما طلاق الصبي، والمجنون، والمغلوب على عقله، فلا خلاف في أنه لا يقع .

وأما طلاق المكره، فما ذهبنا إليه فيه قالت به الإمامية، والناصر - عليه السلام - وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو واقع .

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه من ذلك: ما أخبرنا به أبو بكر المقرئ، حدثنا الطحاوي، حدثنا ربيع بن سليمان، حدثنا بشر بن بكر، حدثنا الأوزاعي، عن عطاء، عن عبيد بن عمير، عن ابن عباس قال، قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم-: /١٤٦/ (تجاوز الله عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه)[2]، وفي بعض الأخبار: رفع عن أمتي... الخبر، فكل ذلك دال على أن من أُكرِهَ على شيء، كان موضوعا عنه، وهذا راجع إلى أحكام الشيء، فوجب أن يكون المكره على الطلاق لا حكم لطلاقه.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٣٦/١، ٤٥٨، ٤٣٧.

(٢) أخرجه الطحاوي ٩٥/٣.

فإن قيل: هذا الحديث لا ظاهر له، لأن قوله رفع عن أمتي كذا وكذا ظاهره يقتضي أن ذلك لا يقع، وقد ثبت أن ذلك[١] يقع، فإذاً المراد به غير ظاهره.

قيل له: إذا [٢] ثبت أن المراد باللفظ ما يتعلق[٣] بالإكراه، أو النسيان، من الأحكام، وجب أن يكون عاما في جميع الأحكام، كما أن قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، لما ثبت أن المراد به أفعالنا فيهن، كان ذلك عاما في جميع أفعالنا، إلا ما خصه الدليل، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن ما تعلقنا به يجب أن يكون عاما في جميع الأحكام، فإذا ثبت أنها قد رفعت عنهم، ثبت أنهم غير مأخوذين بها، فثبت بذلك أن وجودها كعدمها، ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: «لا طلاق في إغلاق»[٤]، والإغلاق هو المنع، وهو خلاف التخلية، والمكره مغلق عليه، فوجب ألا يقع طلاقه.

فإن قيل: فالمكره غير مغلق عليه في التصرف من سائر الوجوه، فلا يجب أن يتناوله الاسم؛ لأنه مأخوذ ممن أُغلق عليه الباب، ومنع التصرف، من جميع الوجوه، وهذه صفة المجنون، والصبي، دون المكره.

قيل له: لا يقتضي أن يكون ممنوعاً من جميع التصرف، ألا ترى أن من أغلق عليه الباب غير ممنوع من التصرف بحيث هو، وإنما يمنع من ضرب من التصرف، وهو الخروج، فكذلك المكره على الطلاق يجب أن يتناوله الاسم[٥]؛ لتمكنه من سائر التصرف إذا كان ممنوعا من ألا يطلق، فحصول المنع من هذا الوجه الواحد يجعله مغلقاً عليه.

ويدل على ذلك: ما رواه عمر عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - (الأعمال

---

(١) في (ب): أن الإكراه.

(٢) في (أ): وإذا .

(٣) في (أ): تعلق .

(٤) أخرجه الحاكم ٢١٦/٢ والبيهقي ٦١/١٠ والدارقطني ٣٦/٤ وابن ماجه ٦٠٠/١ وابن أبي شيبة ٨٣/٤ وأبو يعلى ٤٢١/٧.

(٥) في (أ) فكذلك المكره على الطلاق لا يجب أن الطلاق لا يتناوله الاسم .

بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى)، أخبرنا بذلك أبو بكر المقرئ، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، أخبرنا ابن وهب، أن مالكا حدثه، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي[1]، عن علقمة بن وقاص الليثي، أنه سمع عمر بن الخطاب يقول على المنبر: قال رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله تعالى، وإلى رسوله – صلى الله عليه وآله وسلم – فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو امرأة يتزوجها، فهجرته إلى ما هاجر إليه»[2]، فإذا ثبت أن الأعمال بالنيات، وكان الظاهر من المكره أنه غير قاصد إلى فراق امرأته، وجب ألا يكون له طلاق.

فإن تعلقوا بالظواهر، نحو قوله تعالى ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**﴾ (البقرة /٢٢٩)، [وقوله] ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ**﴾(البقرة/٢٢٨)،وقوله: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ**﴾ (البقرة/٢٣٠)، كان الكلام فيه من وجهين: إما أن يمنعوا من حصول الاسم، أو يكون ذلك مخصوصا بما احتججنا به، وتكون أخبارنا أولى؛ لأنها أخص بموضع الخلاف .

فإن قيل: روي عن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – أن رجلا كان نائما مع امرأته، فأخذت سكينا، فجلست على صدره، ووضعت السكين على حلقه، وقالت: طلقني ثلاثا وإلا ذبحتك[3]، فناشدها اللَّهَ، فأبت عليه، فطلقها ثلاثا، فذكر ذلك للنبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقال:(لا قيلولة في الطلاق).

قيل له: هذا الخبر يحتمل وجهين كل واحد منهما يمنع تعلقكم به:

أحدهما: أنه يجوز أن يكون الرجل قصد إلى طلاقها، وعرف ذلك النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فبين أن تقدم الإكراه لا يؤثر في ذلك إذا كان قد قصد إلى فراقها.

والثاني: أن يكون ادعى الإكراه، وأقر بالطلاق، فلزمه الطلاق، و لم يكن للإكراه حكم؛ إذ لم يثبت إلا بدعواه/١٤٧/.

---

(١) في (أ): التميمي.
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٩٦.
(٣) في (ب) أو لأذبحنك .

فإن قيل: فقد روي عنه أنه قال: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة» .

قيل له: المكره ليس بهازل، فلا يتناوله الظاهر.

فإن قيل: الهازل لا يكون قاصداً، فإذا لم يكن قاصداً، ووقع طلاقه، ثبت أن حكمه يتعلق باللفظ المكره والمحكي .

قيل له: الهزل لا يمنع القصد، فبطل تعلقهم بالخبر.

ومما يدل على ذلك: أنه كلام يتعلق الحكم به بوقوعه على وجه دون وجه؛ إذ لا خلاف أن الحاكي والقارئ لكتاب الطلاق لا يلزمه الطلاق؛ إذ لا يحصل حكمه مع الإكراه، قياساً على البيع، والقول بأن الله ثالث ثلاثة - تعالى الله عن ذلك - ولا يلزم على ذلك حصول فساد صلاة من تكلم فيها مكرهاً؛ لأن ذلك الكلام يفسد الصلاة على أي وجه وقع، ولا يلزم عليه القتل، والوطء؛ لأنهما ليسا بكلام، ومع ذلك فحكمهما مقصور على حدوثهما، وأما الأحكام التي لا تقصر على حدوثها، فإنها لا تحصل مع الإكراه، فبان به صحة ما اعتمدناه، والأصول كلها شاهدة لصحة قياساتنا، ومرجحة لها؛ إذ العقود كلها من الإجارات، والهبات، والرهون، تستمر في ذلك، وكذلك سائر الأفعال التي تحصل أحكامها بوقوعها على بعض الوجوه تستوي فيها، وأيضا أنه لا خلاف أنه إذا أكره على الإقرار بالطلاق، لم يقع الطلاق، فكذلك إذا أكره على إيقاعه، والمعنى أن معه أمارة فقد الرضا على لفظ ما لفظ، فوجب ألا يلزمه حكمه، ويمكن أن تقاس هذه العلة على من أكره على اللفظ بالكفر، ويمكن أن يقاس المكره على الصبي، والمجنون؛ بعلة أن كل واحد منهم على حالة لا تصح معها عقوده من بيع، أو إجارة، أو نحوهما.

فإن قيل: لسنا نسلم أن بيع المكره لا يقع، بل نقول إنه موقوف .

قيل له: نحن عللنا لانبرام الطلاق، ولا خلاف أن بيع المكره لا ينبرم، فوضح سقوط ما سألوا عنه، على أنا لو جعلنا الكلام في الشراء، لم يصح هذا السؤال بتة؛

لأنهم لا يجوزون الشراء الموقوف، ويقوي ما ذكرنا قوله تعالى ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّيْنِ﴾ (البقرة /٢٥٦).

فأما ما ذكرناه من أن طلاق الصبي، والمجنون، وزائل العقل لأي علة كانت [لا يقع]، فمما لا خلاف فيه، وروي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله»[1]، فنبه – صلى الله عليه وآله وسلم – على ما ذكرناه.

مسألة: في الطلاق قبل النكاح

قال: ولا يقع الطلاق قبل النكاح .

وهو منصوص عليه في (الأحكام)[2]، وإليه ذهب القاسم – عليه السلام – والناصر، وهو المروي عن جعفر بن محمد، وزيد بن علي – عليهم السلام – وبه قال الشافعي، قال أبو حنيفة: قد ينعقد قبل النكاح.

والأصل فيه: ما أخبرنا به أبو سعيد الأبهري، حدثنا أبو بكر محمد بن بشر، حدثنا يحيى بن نصر، حدثنا ابن وهب، عن ابن أبي حزام بن عثمان[3]، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتق قبل الملك، ولا رضاع بعد فطام، ولا يُتْمَ بعد احتلام».

وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي – عليه السلام – قال: قال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا طلاق ولا عتاق إلا لما ملكت عقدته»[4].

وروى عبد الرزاق، عن معمر، عن جويبر، عن الضحاك، عن النـــزال بن سبرة، عن علي – عليه السلام – عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «لا رضاع

(١) أخرجه الترمذي ٤٩٦/٣.
(٢) انظر: الأحكام ٤٢٨/١.
(٣) في (أ): عن ابن عثمان، وفي (ب) شكل على هذا الاسم، ولعله عن أبي حزام.
(٤) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ١٠٢/٣.

بعد الفصال، ولا يُتْمَ بعد الحلم، ولا طلاق قبل النكاح»[١].

وروى عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن طاووس، عن معاذ، أن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: «لا طلاق قبل النكاح، ولا نذر فيما لا تملك»[٢].

فدل ذلك على ما ذهبنا إليه؛ لأن الطلاق اسم للّفظ الذي يقتضي الفراق، فقوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا طلاق /١٤٨/ قبل النكاح» يفيد أنه لا لفظ يقتضي الفرقة قبل النكاح.

فإن قيل: نحن نقول إن الطلاق لا يقع قبل النكاح، وهو الذي يفيده الخبر، وإنما نختلف في أنه ينعقد قبل النكاح، أو لا ينعقد.

قيل له: هذا يسقط من وجهين:

أحدهما: أن الطلاق على ما بيناه لفظ يفيد الفرقة إما في الحال، أو بعد زمان، والنبي صلى الله عليه آله وسلم نفى حصول لفظ هذا حكمه قبل النكاح، فثبت أن ذلك اللفظ لا حكم له، فبطل[٣] قولكم إن المراد به الوقوع دون الانعقاد.

والثاني: أنه إذا نفى اللفظ مع العلم بحصوله، وجب أن يكون منصرفا إلى أحكامه، ولم يكن بعض أحكامه بالنفي أولى من بعض، فوجب أن يدل على أنه لا يحصل شيء من أحكامه قبل النكاح، لا الوقوع ولا الانعقاد ومن خصص بالنفي بعض الأخبار، كان مفتقرا إلى الدلالة.

ويدل على ذلك أيضا: ما أجمعنا عليه أن رجلا لو قال لأجنبية أنت طالق، لم ينعقد الطلاق، فكذلك إذا علقه بالتزويج، والعلة أنه أوقع الطلاق قبل النكاح، ولا خلاف أيضا أنه لو قال أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، فجاء رأس الشهر وقد تزوج،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦/٤١٦.

(٢) أخرجه عبد الرزاق ٦/٤١٧.

(٣) في (أ،ب): وبطل.

أن الطلاق لا يقع، فكذلك إن قال لها إن تزوجتك، فأنت طالق، والعلة أنه أوقع الطلاق قبل النكاح، أو يقال: أوقع الطلاق على من لا يملك عقدة نكاحها، وأيضا لا خلاف أن وقوع الطلاق إذا صادف حال عدم النكاح أنه لا يحصل؛ لأنه لا خلاف أن رجلا لو قال لامرأته: إذا بنت مني، فأنت طالق، أن الطلاق لا يقع، فكذلك عقده لا يحصل مع عدم النكاح، والعلة أنه حكم يختص الطلاق، ولا يلزم عليه العدة؛ لأنها لا تختص الطلاق، ألا ترى أنه تجب مع الفسخ وإن لم يكن طلاقا، وللوطء عن شبهة، وكذلك المطلق للتي لم يدخل بها لا يجب عن طلاقها عدة .

فإن قيل: المطلقة ثلاثا يحرم نكاحها على المطلق قبل أن تنكح زوجا غيره، وهذا التحريم في حكم الطلاق، وإن كان حاصلا مع عدم النكاح.

قيل له: نحن عنينا بقولنا أنه لا يحصل التجدد دون الاستمرار، وهذا التحريم يحصل مع وقوع الطلاق المصادف للنكاح، فسقط ذلك.

فإن قيل: قد علمنا أن من شرط صحة النذرُ الملكَ، كما أن من شرط صحة الطلاق النكاح، ثم قد أجمعوا على أن من قال: إن شفاني الله من علتي، فعليّ إن ملكت فلانا أن أعتقه، أن النذر صحيح، فكذلك من قال: إن تزوجتك، فأنت طالق، والعلة أنه مضيف لكل واحد منهما إلى الملك.

قيل له: إن النذر على وجهين:

[الوجه الأول]: ما يثبت في الذمة وذلك ليس من شرطه الملك، ألا ترى أنه لو قال: إن شفاني الله تعالى من علتي، فعليّ أن أتصدق بألف درهم، أو عليّ أن أعتق عبدا، صح ذلك، وإن لم يملك في الحال الدراهم والعبد، وسواء علقهما بالملك، أو لم يعلق.

والوجه الثاني: أن يقول: إن شفاني الله، فسالِم حر، أو هذا المال صدقة، وهذا لا يثبت إلا أن يصادف النذرُ الملكَ، ولا فصل بينه وبين الطلاق، فبان أن العلة فيما ذكروه من النذر أنه يثبت في الذمة، ولا يثبت شيء بعينه، وليس كذلك في الطلاق؛

لأنه لا يثبت في الذمة على وجه من الوجوه، على أنه لو سلم لهم قياسهم، كانت قياساتنا أولى؛ لاستنادها إلى النص، ولأن النص منبه على علتنا، ولأنا رددنا الطلاق إلى الطلاق، وهم ردوه إلى غير الطلاق، ولأن سائر ما يوجب رفع النكاح يشهد لنا؛ لأنا وجدنا/١٤٩/ جميع ذلك على ضربين:

ضرب منها يحصل قبل النكاح، فمنع حصول النكاح، كالردة، والرضاع، وعلى مذهب من يخالفنا الزنى الموجب لرفع النكاح.

وضرب لا يصح حصوله قبل النكاح، كفرقة اللعان، فلم يجز أن يكون الطلاق مما يصح حصوله قبل النكاح، ثم يرفع النكاح الثابت بعده لأن الأصول كلها على خلاف ذلك، ويشهد أيضا لصحة قياسنا البيوع، والهبات؛ لأنها لا تتأتى قبل الملك، لا عقدا، ولا وقوعا، ولا يلزم على ذلك ما نجيزه من البيع الموقوف؛ لأنا نجيزه في المملوك إذا كان بيعه على صاحبه، فأما بيع ما ليس بملك لأحد، فلا خلاف أنه لا يصح.

وحكي عن مالك أنه قال: «إن قال لامرأة بعينها، أو من قبيلة بعينها، أو قرية، طلقت، وإن قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، لم يقع الطلاق»، وحكى أبو بكر الجصاص قريبا منه عن الشعبي، وإبراهيم، وجميع ما ذكرناه يحجهم، ويقاس[1] قول من قال ذلك في امرأة بعينها على من عمهن، لأنه طلاق قبل النكاح.

مسألة: في طلاق السكران والطلاق في الحيض

قال: وطلاق السكران واقع، ويقع الطلاق في الحيض.

نص في (الأحكام)[2] على أن طلاق السكران واقع، وكذلك عتقه.

خرَّجه أبو العباس الحسني- رحمه الله تعالى- في (النصوص)، على من لم يزل عقله بالسكر، وحكاه عنه أحمد بن يحيى - رضي الله عنه - وبناه على قول القاسم - عليه

(١) في (أ، ب): ويقاس عليه، وشكل على عليه.
(٢) انظر: الأحكام ٤٣٧/١.

السلام - في بيع السكران وشرائه: إنهما جائزان إذا لم يكن زال عقله، وتعليل يحيى - عليه السلام - يدل على ما ذكرناه، لأنه قال في (الأحكام): وطلاق السكران وعتقه جائزان، لأن الذي أزال عقله جنايته، فدل ذلك على أنه يوقعه مع زوال العقل.

والذي يدل على ما ذهب إليه يحيى بن الحسين - عليه السلام -: حديث زيد بن علي عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - قال: «طلاق السكران جائز»[1]. وروي نحوه عن عمر، وابن عباس[2].

وعندنا أن ما روي عن علي - عليه السلام - يجب اتباعه. ويدل على ذلك الظواهر الواردة في الطلاق نحو قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ (البقرة /٢٢٩)، وقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة /٢٣٠)، وقوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾(البقرة/٢٣٧)، وكل ذلك عام في السكران والصاحي.

ويدل على ذلك: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لا قيلولة في الطلاق »[3]، وهو عام في طلاق السكران وغيره.

ويدل على ذلك: ما روي أن عمر استشار الصحابة في حد الخمر، فقال (علي - عليه السلام -) [4]: «إنه إذا سكر، هذى، وإذا هذى، افترى، وإذا افترى، وجب عليه الحد بما افترى»[5]، ولم يرو أن أحداً منهم أنكر ذلك، فدل ذلك على أن السكران إذا قذف، لزمه الحد، وإذا ثبت ذلك، وجب أن يقع طلاقه، دليله الصاحي، لما كان مؤاخذاً بقذفه، وقع طلاقه، ويشهد[6] لقياسنا المغمى عليه، والمجنون، والصبي، فإنهم لما لم يؤاخذوا بقذفهم، لم يقع طلاقهم.

---

(١) مسند الإمام كتاب النكاح باب الطلاق البائن. وأخرجه البيهقي ٣٥٩/٧.
(٢) انظر مصنف ابن أبي شيبة ٧٦/٤ ومصنف عبد الرزاق ٨٣/٧.
(٣) رواه في شرح سنن ابن ماجه ١٤٧/١.
(٤) سقط من (أ) ما بين القوسين.
(٥) أخرجه الحاكم ٤١٧/٤ والبيهقي ٣٢٠/٨ والدارقطني ١٥٧/٣ والنسائي ٢٥٣/٣ وعبد الرزاق ٣٧٨/٧.
(٦) في (أ): شهد.

ويوضح قياسنا أن الحد تسقطه الشبهة، ولا تُسقط الطلاق، وإذا[١] كان السكران مؤاخذاً بما يسقط بالشبهة، ولم يكن سكره موجباً للشبهة، وجب أن يؤاخذ بالطلاق، ولم يجب أن يصير سكره شبهة في أنه لم يقصد الطلاق.

فإن قاسوا على المجنون، والمغمى عليه، بعلة زوال العقل، فقد بينا أنه يشهد لقياسنا، على أنا قد علمنا أن المجنون والمغمى عليه لا يتعلق الحكم بشيء من /١٥٠/ أقوالهم، فكان لفظهم بالطلاق كسائر أقوالهم، وقد بينا أن قذف السكران يتعلق به حكم، فلم يجب أن يكون سبيله سبيل المجنون، والمغمى عليه، يؤكد ما ذهبنا إليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيْدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِيْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾ (المائدة /٩١)، فجعل تعالى للعدواة[٢] الواقعة عن الخمر حكماً، وهو لا يقع إلا في حال السكر، فبان أنه قد يتعلق الحكم بأفعال السكران.

فإن قيل: إذا كنتم تقولون إن الطلاق لا يقع إلا بالقصد، وتمنعون وقوع طلاق المكرَه لما معه من الأمارة الدالة على عدم قصده، فما أنكرتم أن يلزمكم القول بأن طلاق السكران لا يقع لمثل ذلك؟

قيل له: أما القصد، فلا يمتنع حصوله من السكران، فلا سؤال في هذا، وأما أمارة فَقْدِ القصد، فلم تحصل معه كما حصلت مع المكره؛ لأن الإكراه إنما يكون على الأمر الذي يكون المكره كارهاً لفعله، وحصول الكراهة مانع من حصول الإرادة، وليس كذلك السكر؛ لأنه لا يمنع حصول الإرادة، ولا يضامه أمر يمنع حصولها، فبان أن الاعتراض ساقط عنا.

وأما الطلاق في الحيض، فقد مضى الكلام فيه مستقصى، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في حكم الحيضة التي يقع الطلاق فيها

قال: وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض، لم تعتد بتلك الحيضة، واستأنفت ثلاث حيض.

---

(١) في (أ): إذا.

(٢) في (أ): العداوة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١].

ولا خلاف في أنها لا تعتد بتلك الحيضة عند كل من ذهب إلى أن الطلاق واقع في الحيض.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، وقد ثبت أن الأقراء هي الحِيَض؛ لما نبينه بعد هذا في باب العدة، فلو اعتدت بتلك الحيضة، كانت تربصت بنفسها قُرأين وبعض القرء الثالث، وذلك خلاف الظاهر، فبان صحة ما ذكرناه من أنها لا تعتد بتلك الحيضة.

مسألة: في كنايات الطلاق

قال: ولو أن رجلاً قال لامرأته: أنت الطلاق، أو اعتدِّي، أو أنت برية، أو خلية، أو بائن، أو بتة، أو حرام، أو حبلك على غاربك، أو أبرأتك من عقدة النكاح، كان ذلك تطليقة رجعية إذا نوى بكل ما لفظ به[٢] من ذلك طلاقاً، وكذلك لو قال: لست لي بامرأة، أو قال: أنت سائبة، أو حرة، فإن أنكر أن يكون نوى فيما قال من ذلك طلاقاً، استحلف.

قال القاسم - عليه السلام -: وعلى هذا لو طلق بالفارسية، فقال[٣]: هشتم.

جميع ما ذكرناه منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٤] غير قول الرجل: أنت الطلاق، فإنه منصوص عليه في (الأحكام) [٥]، وقوله: أبرأتك من عقد النكاح، فإنه منصوص عليه في (المنتخب) [٦]، وما حكيناه عن القاسم - عليه السلام - منصوص عليه في (مسائل عبد الله بن الحسن).

ووجه قولنا: إن هذه الألفاظ يقع بها الطلاق: ما روي عن النبي - صلى الله عليه

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٩٩، ٤٥٤.

(٢) سقط من (أ) به.

(٣) سقط فقال من (أ).

(٤) انظر: الأحكام ١/٤٢٦، ٤٥٨، ٤٥٩. المنتخب ١٥٠.

(٥) انظر: الأحكام ١/٤٧٦.

(٦) انظر: المنتخب ١٤٢.

وآله وسلم - أنه قال لسودة: «اعتدي»، ثم راجعها[١]، فدل ذلك على أن الطلاق يقع بما ليس بصريح في الطلاق إذا كان محتملاً له، فوجب أن يكون سائر الألفاظ جارية مجراها في صحة وقوع الطلاق؛ إذ هي أجمع مما يصح أن تُجعل عبارة عن المعنى المقصود بالطلاق.

ووجه مراعاتنا فيها إقراره بالنية: أن[٢] هذه الألفاظ لا ظاهر /١٥١/ لها في إيقاع الطلاق، فجرت مجرى سائر الألفاظ المحتملة للأمور المختلفة، إذا أطلقها المتكلم بها، في أنه يجب الرجوع إليه في معناها.

وقلنا: إن أنكر، واتُّهم، استُحلف؛ لأن القول في سائر تلك الألفاظ يكون قوله مع يمينه إذا ادُّعيَ عليه خلاف ذلك، ومعنى قولنا[٣]:«اتُّهِمَ»: هو توجه الدعوى عليه في ذلك، وقال في (المنتخب): يدين في ذلك، ويكشف عن قوله، فنبه بذلك على أن حال القول فيه مراعى.

فإن اقترن بالكناية ما يدل على أن المراد بها الطلاق، جرى مجرى الصريح في أنه لا يصدق إن ادعى أنه لم يَنوِ به الطلاق، نحو أن تقول المرأة طلقني، فيقول: أنت برية، أو اعتدِّي، ووجه ذلك أن المجاز مع القرينة يجري مجرى اللفظ الحقيقي في أنه يجب القطع على أن المراد به في الظاهر.

وأما وجه قولنا: إن الطلاق الواقع بهذه الألفاظ يكون رجعياً، فقد مضى مستقصى، فلا غرض في اعادته.

مسألة: في قول الرجل أنتِ عليَّ كظهر أمي

قال: ولو أنه قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي، أو كأمي، كان ذلك طلاقاً إن نوى به الطلاق، وإن نوى به الظهار، كان ظهاراً، وإن لم ينو أيهما، كان ذلك هذراً[٤].

---

(١) أخرجه البيهقي ٣٤٣/٧.

(٢) في (أ): إذ.

(٣) في (أ): قولهم.

(٤) في (أ): هدرا .

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

وتحصيل المذهب فيه: أن قول الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي، صريح في الظهار، كناية في الطلاق.

وإذا قال: أنت عليَّ كظهر أمي، وادعى أنه أراد به الطلاق، حُمل في القضاء على الظهار، وحُمل فيما بينه وبين الله تعالى على ما نواه.

وكونه صريحاً في الظهار مما لا خلاف فيه.

ووجه قولنا: إنه يكون ظهاراً بالنية: هو ما مضى في أن الطلاق لا يقع إلا بالنية.

وقلنا: إنه كناية في الطلاق لا يفيد التحريم، فيجري مجرى قول الرجل: أنت عليّ حرام، فلمَّا ثبت أن ذلك يجوز أن يكون كناية عن الطلاق، قلنا في قوله أنت عليَّ كظهر أمي: إنه لا يجوز أن يكون كناية عن الطلاق، وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكون ذلك كناية عن الطلاق، وأجازه أبو يوسف، ومحمد.

فإن قيل: كيف تقولون إنه يجوز أن يقع به الطلاق، وقد روي أنه كان طلاقاً في الجاهلية، فنسخ[2]؟

قيل له: عندنا أنه نسخ كونه صريحاً في الطلاق؛ لأن الجاهلية كانوا يجعلونه صريحاً في الطلاق، فأما قوله: أنت عليَّ كأمي، فهو كناية في الظهار، وبه قال أبو حنيفة، وقد يجوز عندنا أن يكون كناية عن الطلاق.

ووجه قولنا: أنه يحتمل أن يراد به[إما] تحريم الطلاق، و[إما]تحريم الظهار، و[إما]ألا يراد واحد منهما، فوجب أن يرجع فيه إلى نيته، كما قلنا في كنايات الطلاق، فأما إن لم يكن له نية في شيء من ذلك، فهو هذر لما تقدم بيانه.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٣.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/٣٨٣ وعبد الرزاق ٦/٤٢٢.

مسألة: في تحريم الرجل على نفسه ما أحل الله

قال القاسم - عليه السلام -: ولو أن رجلاً قال: ما أحل الله للمسلين، فهو عليَّ حرام، دخل فيه الطلاق إن كان نواه.

وهذا منصوص عليه في (مسائل النيروسي).

ووجهه: أنه عبارة محتملة، فوجب أن يكون الرجوع فيه إلى نيته، كسائر الكنايات، وسائر الألفاظ المحتملة، وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً.

مسألة: في طلاق الوكيل

قال: وطلاق الوكيل عن الموكل جائز.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1].

وهذا مما لم يختلف فيه العلماء، ولم يفصلوا بين الطلاق وغيره من العقود والإيقاعات، في أن فعل الوكيل فيه جائز عن الموكل، فلا /١٥٢/ وجه للاستقصاء فيه.

مسألة: في قول الرجل لامرأته أمرك إليك

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك إليك فاختاري، فإن نوى به الطلاق إن اختارت المرأة نفسها، فاختارت في الحال، طلقت، وإن لم تختر في الحال، واختارت بعد ذلك، لم تطلق، فإن نوى بما قال من ذلك توكيلها بطلاق نفسها، فلها أن تطلق نفسها إلى أن تنفسخ وكالتها.

نص في (الأحكام) [2] على معنى ما ذكرناه.

قلنا[3]: إنه إن نوى الطلاق إن اختارت المرأة نفسها، فاختارت في الحال، طلقت،

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢٦، ٤٢٧.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٢٦، ٤٢٧.

(٣) في(أ،ب): فقلنا .

وإن لم تختر في الحال، لم تطلق؛ لأنه المروي عن الصحابة[١].

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: «إذا قال لها: أمرك بيدك، فالقضاء ما قضت ما لم تكلم، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار، فلا خيار لها»[٢].

ولم يرو خلاف ذلك عن أحد منهم، فكان ذلك إجماعاً منهم، ولأنه جار مجرى خيار البيع، في أنه لا يكون بعد التفريق؛ لأن رجلاً لو قال لآخر: بعتك كذا، فلا خلاف في أنه لا يجوز تأخير القبول عن المجلس.

والأصل في أنها إن اختارت زوجها، ولم تختر نفسها، فليس بطلاق: ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - حين خير نساءه فاخترنه، فلم يُعدَّه طلاقاً[٣].

واعتبرنا فيه قصد الزوج؛ لأنه لما جاز أن يريد به التوكيل - لما نبينه بعد هذا الفصل - وجاز أن يريد به تمليكها الطلاق، وجب الرجوع فيه إلى قصده كما قلنا في سائر الألفاظ المحتملة.

وقلنا: إنه إن نوى بذلك توكيلها، كان لها أن تطلق نفسها ما لم يفسخ وكالتها، وأبى ذلك أبو حنيفة والشافعي.

ووجه ذلك: أنه توكيل بالطلاق ممن يجوز له، ولمن يجوز أمره، فوجب أن يصح، دليله لو وكلها بطلاق غيرها، أو وكل غيرها[٤] بطلاقها.

فإن قيل: إن الطلاق حق لها، فلا يجوز توكيلها فيه.

قيل له: وما يمنع من ذلك إذا كانت هي السفير عن الزوج، على أن أبا حنيفة يجيز

---

(١) انظر مصنف ابن أبي شيبة ٨٩/٤.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الخيار.

(٣) أخرجه مسلم ١١٠٤/٢ والبخاري ٨٧٣/٢ والطبراني في الأوسط ٥٠/٨.

(٤) في (ب): غيره.

للولي أن يزوج الحرمة من نفسه، وإن كان ذلك حقاً له، ويُجوز للأب أن يشتري لنفسه من الولد الصغير، فكيف ينكر أن تطلق المرأة نفسها بتوكيل الزوج؟

مسألة: في طلاق المولى عن مملوكه

قال: ولا يقع طلاق المولى عن العبد إلا بتوكيل العبد. ولا يكون بيع العبد ولا الأمة طلاقاً. قال القاسم - عليه السلام -: ولا يكون إباق العبد طلاقاً.

قال يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الأحكام)[1]: لا يكون بيع الأمة طلاقاً، ولا تحل بالبيع لناكح حتى يطلقها زوجها، فكان ذلك نصاً فيما ذكرناه من أن بيع الأمة لا يكون طلاقاً، وتنبيهاً على ما ذكرناه في هذا الفصل؛ لأنه قال: لا تحل بالبيع حتى يطلقها زوجها، وروى فيه عن جده القاسم - عليه السلام - أنه لا بد من طلاق الزوج نفسه، فكان ذلك مؤكداً لما ذكرناه، ونص في (مسائل النيروسي) أن الإباق لا يكون طلاقاً، ونص الهادي إلى الحق - عليه السلام - أيضاً في (المنتخب) على أن بيع العبد لا يوجب طلاق زوجته[2].

فأما ما يدل على أن طلاق المولى لا يقع عن العبد، فهو ما رواه عن أمير المؤمنين أنه قال: «الطلاق لمن أخذ بالساق»[3].

ويدل على ذلك ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال لمولى عبد تزوج بغير إذنه: فرق بينهما، فقال السيد لعبده: طلقها، فقال علي - عليه السلام -: «أجزتَ النكاح، فإن شئت أيها العبد، فطلق، وإن شئت، فأمسك». فبين أن الطلاق إلى الزوج، ولا خلاف أن الأجنبي لا يقع /١٥٣/ طلاقه، فكذلك المولى، والمعنى أن المطلق غير الزوج بغير إذنه.

ويؤكد ذلك: أن الله تعالى خاطب بالطلاق الأزواج، فعُلم أن حكمه مقصور

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٦، ٤٣٧.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٥.

(٣) أخرجه مرفوعا عن ابن عباس: البيهقي ٧/٣٦٠ والدارقطني ٤/٣٧ وابن ماجه ١/٦٧٢ والطبراني في الكبير ١١/٣٠٠ وأخرجه عن عكرمة مرفوعا: محمد بن منصور في الأمالي ٣/٩٧.

عليه[١]، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء، وإنما الخلاف فيه محكي عن الصحابة، والإجماع بعد الخلاف يرفع حكم الخلاف.

وأما البيع، فلا يكون طلاقاً؛ لما روي أن بريرة لَمَّا بيعت، خيَّرها رسول الله صلى اله عليه وآله وسلم، ولم يجعل بيعها طلاقاً، وإذا ثبت ذلك في الأمة، ثبت في العبد، والعلة أن كل واحد منهما شخص مملوك، فلم يجز أن يكون بيعه طلاقاً، وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه الآن، وحكي ذلك عن بعض المتقدمين، وكذلك الإباق لا خلاف أنه لا يكون طلاقاً؛ لأنه كسائر معاصيه في أنه لا يعترض النكاح ما لم يكن ردة، ولا يمكن أن يقال: إذا أبق، استضرت المرأة، فوجب أن تنقطع العصمة بينه وبينها؛ لأن المفقود يعترضه.

مسألة: في الاستثناء في الطلاق

قال: ولو أن رجلاً قال لزوجته: أنت طالق إلا أن يشاء أبوك أو غيره حبْسَك، وقُف طلاقها على مشيئته، فإن شاء حبْسَها، لم تطلق، وإن لم يشأ، طلقت، وكذلك لو اشترط المطلق فيه مشيئة نفسه.

ما ذكرناه أولاً منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [٢]، وما ذكرناه من اشتراط مشيئة نفسه دل[٣] عليه كلامه.

ووجه ذلك أجمع: أنه جعل المشيئة شرطاً واستثناءً، فوجب أن يكون سبيلها سبيل سائر ما يُشترط ويُستثنى، وحمل أبو العباس الحسني - رحمه الله - ذلك على الفور، وهو صحيح، وقد نص الهادي - عليه السلام - على مثله في (المنتخب) [٤] في كتاب الأيمان في مسألة من قال: أنت طالق إن ركبت، وهي راكبة، ووجهه: أنه أوقع الطلاق، واستثنى بالمشيئة، وإن لم تقع المشيئة عقب الطلاق، وقع، ومثاله أن يقول: أنت طالق إلا أن يقوم زيد، فإن لم يقع قيام زيد عقيب القول، وقع الطلاق.

---

(١) لعله عليهم.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٥٩. المنتخب ١٤٩.

(٣) في النسخ فدل .

(٤) انظر: المنتخب ١٧٦.

مسألة: في تعليق الطلاق على مشيئة الله

قال: ولو قال لها: أنت طالق إن شاء الله تعالى، لم يقع الطلاق إن كان يمسكها بالمعروف، فإن لم يمسكها بالمعروف، طلقت.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [١]، وذهب عامة الفقهاء إلى أن الطلاق والعتاق لا يقعان على هذا، وفرق مالك بين الطلاق والعتاق، فقال في الطلاق: لا يقع، وإن العتاق يقع.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن الدلالة قد دلت أن الله تعالى لا يريد من أفعال العباد إلا الطاعات - واجبها والمندوب إليه منها - وأنه لا يريد المباح منها، فإذا ثبت ذلك، فقد علمنا أن الله تعالى غير مريد لطلاق من يمسك زوجته بالمعروف؛ لأن الطلاق مباح غير واجب، ولا مندوب إليه، فوجب ألا يقع طلاقه[٢]؛ لأنه علقه بمشيئة الله تعالى، وقد علمنا أن الله تعالى لا يشاء، فكان سبيله سبيل من طلق على شرط، ثم لم يحصل الشرط، فأما إذا كان غير ممسك لها بالمعروف، فإن الله تعالى قد أوجب عليه إما الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، بقوله تعالى: ﴿فإمساك بِمَعْرُوفٍ﴾(الطلاق/٢).

فإن قيل: فإنه تعالى لم يشترط ذلك في كونه غير ممسك بالمعروف، بل خاطب به على سبيل العموم.

قيل له: لا خلاف أن من كان ممسكاً لها بالمعروف لا يجب عليه أن يطلق، فيصير ذلك خصوصاً من العموم.

فإن قيل: إذا لم يمسك بالمعروف، فالواجب عليه أن يمسك بالمعروف، وليس يجب عليه أن يطلق.

قيل له: يجب عليه أحد الأمرين على التخيير بدلالة الآية.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٠. المنتخب ١٥١ - ١٥٢.

(٢) في (أ): طلاق.

فإن قيل: ما أنكرتم أن هذا اللفظ موضوع في الشرع[١] لمنع حصول ما علق به، كالإقرار إذا علق به، لم يستقر؟

قيل له: الإقرار إذا علق بالشرط، لم يستقر، ألا ترى أن قائلاً لو قال: إن قدم زيد، فلك عليَّ ألف درهم، وإن أمطرت السماء، فلك عليَّ ألف، لم يصح الإقرار، وليس كذلك الطلاق والعتاق إذا علقا بشرط؛ لأنهما يقعان بحصول الشرط، وكذلك الجواب إن سألوا عن /١٥٤/ البيع المعلق بمشيئة الله تعالى.

فإن قيل: فإذا أجريتم ذلك مجرى قول القائل: أنت طالق إن دخل زيد الدار، وإن أمطرت السماء، فيجب ألا توجبوا وقوع الطلاق إلا بعد أن تعلموا أن مشيئة الله تعالى قد حدثت بعد هذا القول، وذلك مالا سبيل إلى العلم به، فيجب ألا يقع الطلاق.

قيل له: هذه اللفظة من طريق العادة جارية مجرى أن يقول الإنسان: أنت طالق إن كان مراد الله تعالى، وعلى هذه الطريقة يستعمل في سائر الأشياء؛ لأن الإنسان يقول: افعل كذا إن شاء الله تعالى، ويريد إن كان تكليفي، أو لطفي، أو ما أحتاج إليه من القدر والآلة، وما جرى مجراها، مراداً لله تعالى من غير مراعاة تقدم الإرادة وتأخرها.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: من حلف، ثم قال: إن شاء الله تعالى، فقد استثنى[٢].

قيل له: هو دليلنا، وذلك أن من حكم الاستثناء أن يرفع بعض ما دخله، دون كله، وعندهم أن قوله: إن شاء الله، يرفع حكم ما دخل عليه رأساً، فلم يصح أن يكون ذلك استثناء، ألا ترى أنه لا خلاف فيمن قال لفلان: عليَّ عشرة دراهم إلا عشرة أنه لا يكون استثناء، لأنه اقتضى رفع جميع ما دخل عليه، فأما على مذهبنا، فإنه يكون قول القائل: إن شاء الله تعالى، استثناء، إلا أنه يرفع بعض ما دخل عليه،

---

(١) في (أ): في هذا الشرع.

(٢) أخرجه ابن حبان ١٠/١٨٢ والحاكم ٤/٣٣٦ وأبو عوانة ٤/٥٠ والترمذي ٤/١٠٨ وأبو داود ٣/٢٢٥ والنسائي ٣/١٤١.

فليس لأحد أن يدَّعي العرف في أنه جُعل لرفع ما دخل عليه؛ لأن أغراض الناس في استعمالهم في الكلام تختلف.

مسألة: في استثناء الطلاق من الطلاق

قال: ولو قال لها: أنت طالق واحدة إلا واحدة، أو أقل، أو أكثر، وقعت تطليقة واحدة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1].

ووجهه: أنها تطلق واحدة بقول الزوج أنت طالق، فإذا قال بعد ذلك واحدة، كان ذلك في حكم البيان لما وقع من الطلاق، فإذا قال: إلا واحدة، لم يوجب هذا الاستثناء شيئاً؛ لأن الاستثناء من حكمه أن يرفع بعض ما دخل عليه دون الكل، فأما إذا استثنى الكل، فهو باطل لا خلاف فيه، وهذا كما تقول: لفلان عليَّ عشرة إلا عشرة، لا خلاف أن هذا الاستثناء لا حكم له.

مسألة: في طلاق الأب عن ابنه الصغير

قال: وإذا زوج الرجل ابناً له صغيراً، ثم طلق عنه، لم يقع الطلاق، وهذا قد اشتمل عليه قوله في (الأحكام) [2] في الأمة المزوجة إنها لا تحل لناكح حتى يطلقها زوجها، وهذا مما لا خلاف فيه، ووجهه ما مضى في أن طلاق المولى لا يقع عن العبد، فلا معنى لإعادته.

مسألة: في توجيه الطلاق إلى غير المقصود طلاقها

قال: ولو أن رجلاً نادى امرأة من نسائه قد عزم على طلاقها، فأجابته أخرى، فقال: أنت طالق، وقع الطلاق على التي نوى طلاقها دون التي أجابته.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [3].

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٥٩.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٣٦.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٦٠. المنتخب ١٥٢.

ووجهه: ما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: « الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى »، وهذا لم ينو[1] طلاق التي أجابته، وإنما نوى طلاق التي ناداها، فيجب أن يكون الواقع طلاقها دون التي أجابته، ولا خلاف أن الثانية لو لم تكن أجابته، لكان الطلاق يقع على الأولى، فكذلك إذا أجابته الثانية، والعلة أنها هي المقصودة بما أوقع من الطلاق، وكذلك لو كانت هناك ثالثة، لم يجب أن يقع عليها طلاق، فكذلك التي أجابته، والعلة أنها غير مقصودة بالطلاق.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن هذه لما أجابت، صار الخطاب خطاباً لها؟

قيل له: إن الخطاب لا يصير خطاباً للمخاطب بما يكون منه من الأحوال؛ لأن المؤثر في الفعل إنما هو أحوال الفاعل دون غيره، وإنما يصير لمن يقصد المخاطِب أن يجعله خطاباً له، فإذا ثبتت هذه الجملة، وقد علمنا أن الْمُطلِّق كان قاصداً إلى أن يجعل قوله: أنت طالق خطاباً للأولى، لم يؤثر فيه جواب الثانية.

فإن قيل: قول الزوج بعد إجابتها له جار مجرى أن يقول: /١٥٥/ أيتها المجيبة، أنت طالق.

قيل له: «المناداة مقصودة بالخطاب»[2] فصرف اللفظ إليها أولى من صرفه إلى من يقدر فيها ما ذكرتم.

مسألة: في الفراق بردة أحد الزوجين

قال: وإذا ارتد الرجل عن الإسلام، بانت منه زوجته إذا خرجت من عدتها، وحلت للأزواج، وإن مات، أو قتل، أو لحق بدار الحرب قبل خروج المرأة من العدة، ورثته، وإن ارتدا جميعاً، فهما على نكاحهما حتى يعرض عليهما الإسلام، فإن أسلما، فهما على نكاحهما، وإن أبيا، قتلا.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[3].

---

(١) في (ب): هذا إذا لم.

(٢) ما بين القوسين سقط من (أ) و (ب) وظنن عليه في الهوامش.

(٣) انظر: الأحكام ٣٩١/١.

وتحصيل المذهب: أن الفرقة الواقعة للردة[١] تقع بانقضاء العدة، ويمنع المرتد من الوطء في عدتها، وسبيل الردة سبيل الطلاق الرجعي فيما ذكرناه، وبه قال الشافعي، قال أبو حنيفة: تبين بنفس الردة.

ووجه ما ذهبنا إليه: ما ثبت من أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران، وزوجته هند مشركة، فرجع إليها، فأسلمت، فأقاما على النكاح الذي كان بينهما، و لم يأمرهما رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بإعادة النكاح[٢]، وقد علمنا أن إقامتها على الشرك بعد إسلام زوجها في هذا الباب بمترلة الردة، فلما لم يوجب - صلى الله عليه وآله وسلم - فسخ نكاحها، دل ذلك على أن النكاح لا ينفسخ بنفس الردة، وإذا ثبت ذلك، فإنه لا ينفسخ مع الردة إلا بانقضاء العدة.

فإن قيل: الفرقة تتعلق[٣] في هذا بالإباء بعد عرض الإسلام.

قيل له: ليس الإباء أكثر[٤] من المقام على الكفر، وهذا مما قد مضى الكلام فيه في كتاب النكاح في مسألة إسلام أحد الزوجين، ويدل على ذلك ما روي عن عكرمة بن أبي جهل أنه هرب من مكة وهو مشرك، وأسلمت امرأته، ثم رجع إلى الإسلام وهي بعدُ في العدة، فاستقرت عنده بالنكاح الأول[٥]، وهكذا روي في امرأة صفوان بن أمية[٦]، فدل أيضاً على ما ذكرناه.

ومما يدل على ذلك أنه قد ثبت أن الوثني إذا كانت تحته وثنية، قد دخل[٧] بها، فأسلم أحدهما، أن الفرقة لا تقع بنفس الإسلام؛ لأن أبا حنيفة يذهب إلى أن الفرقة لا تقع مع إسلام أحدهما إلا بإباء الآخر الإسلامَ، ونحن نذهب إلى أن الفرقة لا تقع مع

---

(١) في (أ): بالردة.
(٢) أخرجه عبد الرزاق ٧/ ١٧٢ والبيهقي ١٨٦/٧.
(٣) في (أ): في هذا تتعلق.
(٤) في (ب): أكبر.
(٥) أخرجه البيهقي ١٨٦/٧ والطبراني في الكبير ٣٧٢/١٧ .
(٦) أخرجه عبد الرزاق ١٦٩/٧.
(٧) في (ب): فنحل.

إسلام[١] أحدهما إلا بانقضاء العدة، وإذا ثبت ذلك، وجب ألا تقع الفرقة بنفس الردة إلا بانضمام معنى آخر إليه، وإذا ثبت ذلك، ثبت أن الفرقة تقع بانقضاء العدة؛ إذ لم يقل أحد في ذلك بغير ما ذكرناه، على أنا إذا بينا أن الإباء لا معتبر به، ثبت أن المعنى المراعى في الأصل إنما هو انقضاء العدة فقط، فصح ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون سبيله سبيل الفسخ الواقع بورود الملك على النكاح، أو بورود الرضاع عليه؟

قيل له: الملك والرضاع قد ثبت أنهما يوجبان الفرقة لمجردهما من دون انضمام معنى آخر إليهما، والارتداد قد بينا أنه يجب أن ينضم إليه معنى سواه، فلم يكن حكمه حكمهما، على أن الارتداد بالطلاق الرجعي أشبه؛ لأنه لا يقع إلا من جهته واختياره[٢] فوجب ألا يوجب الفرقة إلا بانقضاء العدة.

ووجه قولنا: إنهما إن ارتدا معاً، فهما على النكاح حتى يعرض عليهما الإسلام، فإن أسلما، فهما على /١٥٦/ نكاحهما هو: أنه قد ثبت أنه من ارتد بعد النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - مع امرأته ثم رجع إلى الإسلام، أقام على زوجيته، ولم يرو عن أحد من الصحابة أنه أمر بتجديد العقد، فجرى ذلك مجرى الإجماع.

فإن قيل: من أين لكم أن ارتداد الرجل وزوجته وقعا معاً، وكذلك إسلامهما؟

قيل له: هذا سبيل كل أمرين وقعا، ولم يعرف التأريخ، كالآيتين، والخبرين، ونحوهما.

فإن قيل: فما[٣] أنكرتم على من قال لكم: إنهم أقاموا على النكاح؛ لأن العدة لم تكن انقضت؟

قيل له: لم يرو ذلك في شيء من الأخبار، ولا روي أنهم اعتبروا ذلك في شيء من الأحوال، ولو كان ذلك كذلك، لكان يقال لهم: من كانت امرأته قد انقضت عدتها

---

(١) في (ب): الإسلام.

(٢) في (ب): وباختياره.

(٣) في (أ): ما.

قبل الرجوع إلى الإسلام، فليجدد النكاح، فلما لم يرو ذلك، علمنا أنهم لم يعتبروه.

فإن قيل: فلم يَروِ عنهم أحد أنه قيل لهم من ارتد منكم من الزوجين أحدهما قبل صاحبه، انفسخ نكاحه.

قيل له: ذلك قد علمناه بالإجماع، ولولا الإجماع، لجوزنا خلافه، ومما يدل على ذلك أنه قد ثبت أن الكفر لا ينافي النكاح كما لا ينافيه الإسلام، ألا ترى أن نكاح الكفار مع الكفر يصح، كما أنه يصح نكاح المسلمين مع الإسلام، وإنما الموجب للفرقة هو اختلاف دينهما، فإذا ثبت ذلك، ثبت أنهما إذا ارتدا معاً، لم يجب وقوع الفرقة بينهما، كما أنهما إذا أسلما معاً، لم يجب وقوع الفرقة بينهما؛ لأن دينيهما لم يختلفا، فأما التوارث، فنحن نشرحه إن شاء الله[1] في كتاب المواريث، وكذلك قتل المرتد نذكره في كتاب الحدود بعون الله.

مسألة: في حكم ولد المرتد عن الإسلام

قال: فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ ردتهما، فحكم الولد حكم الإسلام، فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر، فحكمه حكمهما في الردة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2].

والمراد بأن حكم الولد حكم الإسلام أو[3] الردة، إنما هو في التوارث وسقوط التوارث؛ لأن الولد إن ثبت له حكم الردة، لم يرث أبويه، وإن ثبت له حكم الإسلام، ورثهما.

ووجه ما ذكرنا من التحديد أنه قد ثبت أن أقل الحمل ستة أشهر، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم ردتهما، كان العلم حاصلاً بأن الولد كان حصل في بطن أمه قبل الردة، فوجب الحكم بإسلامه، لحصوله[4] في بطن أمه في حال إسلام

---

(١) سقط من (ب) إن شاء الله.

(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٢.

(٣) في (أ): والردة.

(٤) في (أ): وحصوله.

أبويه؛ لأن الطفل والجنين يحكم لهما بالإسلام إذا كان أبواهما مسلمين، أو كان أحدهما مسلماً، فأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر، لم يجز أن يحكم له بالإسلام، إذ لا إسلام له في نفسه، ولم يحصل في بطن أمه في حالٍ علمنا معها إسلام أبويه، أو أحدهما، فلم يجب الحكم بإسلامه ووجب أن يحكم له بحكم الردة.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إنه لم يحصل اليقين بأنه حصل في بطن أمه في حال كفر أبويه؛ لتجويزنا أن يكون حصل قبل ردتهما، إذا لم يكن بين ارتدادهما وبين مولده الزمان الذي يجب أن يكون غاية لأكثر الحمل، فيجب أن يحكم له بحكم الإسلام؟

قيل له: قد حصل اليقين بأنه وُلد[1] في حال الردة، ولم يحصل اليقين بأنه كان حصل في حال الإسلام في بطن أمه، فكان الأولى أن يحكم باليقين، ويقضى به على التجويز الذي ذكرتم.

فإن قيل: فقد روي: «المولود يولد على الفطرة، وأبواه يُهَوِّدانه، أو يُمَجِّسَانه»[2].

قيل له: المراد بذلك أنه يولد وأبواه يهوديان، أو مجوسيان؛ إذ لا خلاف أنه ليس المرجع بقوله: «يهودانه، أو يمجسانه» إلى غير ذلك.

مسألة: في الزوجين الذميين يسلمان

قال القاسم - عليه السلام- في الذميين إذا أسلما: هما على نكاحهما، وهذا مما تضمنه كلامه - عليه السلام- في (مسائل النيروسي) وكلام الهادي - عليه السلام - في (الأحكام) [3] وهو مما لا خلاف /١٥٧/ فيه بين العلماء، وقد ثبت أن الذين أسلموا على عهد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يكن يأمرهم النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بإعادة النكاح الذي كانوا عليه في الجاهلية، وهذا أشهر من أن يحتاج إلى الإستقصاء فيه.

---

(١) في (ب): حصل.

(٢) أخرجه البخاري ٤٦٥/١ ومسلم ٢٠٤٧/٤ وابن حبان ٣٣٦/١ والترمذي ٤٤٧/٤ وأبو داود ٢٢٩/٤.

(٣) انظر: الأحكام ٣٩١/١.

مسألة: في الرجل يسلم وتحته ذمية صغيرة

قال: وإذا أسلم الرجل وتحته ذمية صغيرة، فهو أولى بها ما لم تمض ثلاثة أشهر، فإن أسلم أحد أبويها قبل مُضيٍّ ثلاثة أشهر، فقد جر إسلامه إسلامها، وهي زوجته، وإن[١] لم يسلم واحد من أبويها حتى تمضي ثلاثة أشهر، بانت منه زوجته، ولا ردة للصبي حتى يبلغ.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

ووجهه: ما بيناه من[٣] أن اختلاف الدينين يوجب الفرقة بانقضاء العدة، وقد مضى فيه[٤] مالا وجه لإعادته.

وقلنا: إن أسلم أحد أبويها قبل انقضاء العدة، كانت زوجته؛ لأن إسلام أحدهما في الحكم إسلام لها، فكأنها أسلمت قبل انقضاء عدتها، فلم تقع الفرقة على ما بيناه.

وقلنا[٥]: إنها إن لم يسلم أحد أبويها حتى يمضي عليه ثلاثة أشهر، بانت منه؛ لأنه يكون في الحكم كأنها أقامت على الكفر حتى انقضت عدتها.

وقلنا: لا ردة للصبي حتى يبلغ؛ لأنه لا تكليف عليه، ولأنا لو حكمنا عليه بالردة لأوجبنا قتله، وقد ثبت أن النبي صلى الله عيه وآله وسلم لم يقتل من صبيان بني قريظة من لم يكن مُنبتاً.

مسألة: في الذمية تسلم دون زوجها

قال: ولو أن ذمية أسلمت ولها زوج ذمي، انقطعت بينهما الوصلة، وعليها العدة، ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً، فإن طلقها وهي في العدة، لحقها الطلاق، فإن كانت

---

(١) في (ب): فإن.
(٢) انظر: الأحكام ١/٣٩٢، ٣٩٤.
(٣) سقط من (ب) من.
(٤) سقط من (ب) فيه.
(٥) في (أ): وقد قلنا.

المسألة بحالها والزوج صغير، وقفت عليه حتى يبلغ، فإن أسلم، فهما على نكاحهما، وإن أبى، فارقته.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) [١].

وقولنا: انقطعت الوصلة بينهما، المراد به: أن الوصلة تنقطع بانقضاء العدة على ما سلف القول فيه.

وقلنا: إنه يكون فسخاً؛ لأن الفرقة التي تأتي من قِبَل المرأة تكون[٢] فسخاً، ولا تكون طلاقاً.

وقلنا: إنه إن طلقها وهي في العدة، لحقها الطلاق؛ لأن الفسخ بعد لم يقع؛ إذ وقوعه بانقضاء العدة، فلم يمتنع أن يطلقها.

وقولنا: إن الذمية إذا أسلمت ولها زوج صغير، وُقفت عليه حتى يبلغ، المراد به: إن حصل بلوغه وهي بعد في العدة، فأما إذا انقضت عدتها، وهو[٣] بعد صغير، ولم يسلم واحد من أبويه، انقطعت الوصلة، ووقع الفسخ؛ لأن سبيله سبيل من أقام على الكفر، حتى انقضت عدة زوجته التي أسلمت، فوجب وقوع الفرقة.

مسألة: في المرأة تدّعي الطلاق

قال: فإن ادعت المرأة أن زوجها طلقها، فعلى المرأة البينة وعلى الزوج اليمين.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٤].

والأصل فيه: قول النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: « البينة على المدعي، واليمين على المدعَى عليه »، وقد استقصينا الكلام في هذه المسألة في كتاب النكاح في مسألة دعوى النكاح إذا أنكرها أحد الزوجين، فلا فائدة في إعادة الكلام فيها.

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٥/١.

(٢) سقط من (أ) تكون.

(٣) في (ب): هي.

(٤) انظر: المنتخب ١٥٧.

باب القول في الحلف بالطلاق

مسألة: فيمن حلف بالطلاق كاذباً، والإكراه على الطلاق

أيما رجل حلف بطلاق امرأته كاذباً، أو حنث فيه بعده، وقع الطلاق، إلا إذا أكرهه عليه من يخاف منه القتل، أو العنت، من ضرب، أو حبس.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

أما وقوع الطلاق ممن حلف به كاذباً، أو حنث فيه بعد عقده، فهو اتفاق بين العلماء من أهل البيت - عليهم السلام - وغيرهم، إلا ما ذهب إليه فريق من الشيعة من أنه لا يقع، وذهب بعض القائلين بذلك إلى أنه لو حلف قاصداً إلى الطلاق على أمر يلزمه كبيعة الإمام ونحوه، ثم لم يف، أن طلاقه يقع، فيمكن أن يجعل أصلاً، ويقاس عليه سائر ما خالفوا /١٥٨/ فيه؛ لأنه طلاق مشروط، فوجب أن يقع متى حصل الشرط، ويمكن أن يستدل عليهم بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة /١) وهو عَقَد على نفسه الطلاق بشرط، فوجب أن يفي به متى حصل الشرط، ويستدل عليه بقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «المؤمنون عند شروطهم»، ويحجهم في ذلك: ما رواه أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في (النصوص)، عن محمد بن الحسين بن علي الحسني، حدثنا أبي، حدثنا زيد بن الحسين، عن ابن أبي أويس، عن ابن ضميرة، عن أبيه، عن علي - عليه السلام - قال:(من حلف بالطلاق ثم حنث ناسياً، لزمه الطلاق).

فأما طلاق المكره وأنه لا يقع، فقد مضى الكلام فيه مستقصى، فلا وجه لإعادته.

مسألة: فيمن حلف بالطلاق فحنث وهو لا يعلم

قال: ولو أن رجلاً حلف بالطلاق: لا أبرح حتى أشتري عشرة أرطال سكراً، فاشترى عشرة أرطال سكراً، فوجد فيها رطلاً، أو أقل، أو أكثر، قنداً بعد ما برح،

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٥٨.

حنث، وكذلك لو حلف بالطلاق: لا أبرح أو آخذ من فلان عشرة دراهم، فأخذها، ثم وجد فيها درهماً من حديد بعد أن برح، حنث.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: أنه علق الطلاق بشرط، وهو أن يبرح من غير شراء ما ذكره، أو أخذ ما ذكره، ولم يستثن منه حال النسيان والجهل، فوجب أن يقع الطلاق بحصول الشرط على أي وجه حصل، كما أنه لو قال: أنت طالق إذا قدم زيد، أنها تطلق على أي حال حصل قدوم زيد، راكباً، أو ماشياً، أو ناسياً، أو ذاكراً، سواء علم في الحال بقدومه، أو لم يعلم؛ لأن الطلاق إنما علقه بشرط القدوم، ولم يستثن قدوماً من قدوم، فكذلك ما ذكرناه، ويدل على ذلك قول أمير المؤمنين - عليه السلام -: « من حلف بالطلاق، وحنث ناسياً، لزمه الطلاق».

مسألة: فيمن حلف بطلاق نسائه جمعاً أو تفريقاً

قال: ولو أن رجلاً قال لنسائه: أنتن طوالق إن دخلتنَّ الدار، أو قال: أنت طالق يافلانة، أنت طالق يا فلانة - لكل واحدة منهن - إن دخلتن الدار، وقع الطلاق على حسب ما نوى، إن نوى ألا تدخلها واحدة منهن إلا طلقت، فأيتهن دخلت، طلقت، وإن نوى أنهن يطلقن إن دخلن مجتمعات، لم يطلقن إلا إذا دخلن مجتمعات.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]، ونص فيه أيضاً على أنه إن نوى حصول الدخول من جميعهن على أي حال حصل - مجتمعات، أو متفرقات - لم يطلقن حتى يحصل الدخول من جميعهن.

ووجهه: أنه لما جاز وصح أن ينوي باللفظ كل واحد من الوجوه الثلاثة، جعله[3] واقعاً على الوجه الذي نواه، وجعل الحكم للنية؛ لأن اللفظ يقع على الوجه الذي يقصده المتكلم، وهذا واضح.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٦١/١.

(٢) انظر: الأحكام ٤٦١/١ ــ ٤٦٢.

(٣) في (ب) بجعله .

مسألة: فيمن حلف بالطلاق على شيء ثم مات قبل فعله

قال: ولو أن رجلاً حلف بطلاق امرأته ليفعلنَّ كذا، ثم مات قبل أن يفعله، وقع الطلاق يوم يموت، وترثه المرأة إن لم تكن التطليقة ثالثة.

وهذا منصوص عليه في «الأحكام»[1]، ونص فيه أنه لو قيده بوقت، و لم يفعله حتى مضى الوقت، وقع الطلاق عند مضي الوقت.

ووجه ما ذكرناه أولاً: أنه إذا لم يقيد القول بوقت، لم يحنث إلا في آخر جزء من أجزاء حياته، فإذا صار في آخر جزء من أوقات حياته، حنث، ووقع الطلاق؛ لأنه إذا لم يكن اللفظ مقيد بوقت، كان ذلك على المهلة والتراخي، ولا إشكال في أن الذي يكون على المهلة لا يتخصص به وقت من وقت، ووجب أن تكون أوقات حياته على المهلة ما لم يحصل في آخر وقت من أوقات حياته، إن حاول الفعل فيه، منعه الموت، فأما إذا /١٥٩/ قيد[2] بوقت، فمضى الوقت من دون أن يفعل ذلك الفعل، وجب الحنث؛ لأن المهلة تكون إلى ذلك الوقت، ومضى ذلك الوقت بقطع المهلة، فيجب الحنث، وذلك أجمع مما لا أحفظ فيه خلافاً، فأما ما ذكرناه من أنها ترث إن لم تكن التطليقة ثالثة، فقد مضى بيانه فيما تقدم.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٦٧.

(٢) في (أ): قيده.

باب القول في الرجعة

مسألة: في الرجعة متى وبم تكون

إذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية، فله أن يراجعها ما دامت في عدتها من غير مراضاتها ومراضاة وليها، والرجعة بالقول، وقد تكون بالجماع تخريجاً، ولا رجعة إلا في العدة.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1] و(المنتخب)[2] غير ما ذكرناه تخريجاً، فإن أبا العباس الحسني - رحمه الله تعالى- خرَّجه من قوله في (الأحكام) في باب الإيلاء: الفيء بعد الطلاق رجعة[3]، وقوله فيه في موضع آخر من باب الإيلاء: «الفيء هو الجماع نفسه لمن قدر عليه»[4]، فاقتضى ذلك أن الجماع يكون رجعة، وجميع ما ذكرناه منصوص عليه مما لا خلاف فيه.

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (البقرة /٢٢٨)، وقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لعمر: «مُره فليراجعها» يعني ابنه، وإنما الخلاف فيما ذكرناه تخريجاً، فإن الشافعي خالف فيه ويقول: إن الرجعة لا تكون بالجماع. والدليل على ذلك قول النبي صلى الله علية وآله وسلم لعمر: مُرْه فليراجعها، يعني ابنه، فأمره بالمراجعة، ولم يستثن مراجعة الفعل من مراجعة القول، فوجب أن يكون ذلك عليهما جميعاً، والدليل على ذلك أنه أوقع ثلمة في ملكه، مع أنه مخير بين إتمامها ورفعها حتى يعود الملك تاماً، فوجب أن يصح ذلك منه بالفعل، كما يصح بالقول، دليله من باع جارية، واشترط خيار الثلاثة الأيام، ولا خلاف أنه يصح منه أن يفسخ البيع بالوطء، كما يصح أن يفسخه بالقول، ويؤكد ذلك أيضاً من اشترى شيئاً،

---

(١) انظر: الأحكام ٤١٨/١، ٤١٩،٤٢٠،٤٢١، وذكره في مواضع أخر.

(٢) انظر: المنتخب ١٤١.

(٣) انظر: الأحكام ٤٦٤.

(٤) انظر: الأحكام ٤٣٤/١.

فوجد به عيباً، أنه لما كان بالخيار بين أن يمضي ما أوقعه من الشراء، وبين أن يفسخه للعيب، كان لا فصل بين أن يمضيه بقوله رضيت، وبين أن يستعمل المشترى، كنحو أن تكون جارية فيطأها، أو دابة فيركبها، أو ثوباً فيلبسه، وليس يعترض ما ذكرناه أن المرتد لا يمكنه أن يزيل ما أوجب من الفرقة بالوطء، وذلك أنا شرطنا في علتنا أن يكون له الخيار بين أن يمضي ما أوقع، وبين أن يرفعه؛ لأنه لا يجوز له إلا أن يُسْلِم، ولأن الارتداد ليس هو أمر يختص إيجاب الفرقة، وإنما الفرقة تدخل عليه على سبيل التبع.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم إن وطء الْمُطلّق حرام، وإن ادعيتم أن المراجعة تقع به، وليس كذلك سائر ما ذكرتم، فلا يجب أن يستوي الأمر فيها.؟

قيل له: كون الوطء محرماً - وإن سلمناه - غير مؤثر في ذلك، ألا ترى أن البائع إذا وطئ في[1] مدة الخيار، فلا فرق بين أن يطأها حائضاً، أو طاهراً، وكذلك المشتري إذا وطئ بعد علمه بالعيب، فلا فصل بين أن يطأها حائضاً، أو طاهراً، فدل ذلك أن كون الوطء منهياً عنه لا يؤثر في ذلك.

ومما يبين ما ذهبنا إليه أن الْمُولي لما كان له الخيار بين أن يستمر على إيلائه حتى يلزمه الوقف، وبين أن يرفع حكم الإيلاء، فكان رفعه بالوطء جائزاً، كما يجوز بالقول، فكل ذلك يوضح ما ذهبنا إليه، وكذلك من أوصى بعبده لغيره، كان له الخيار في أن يرجع عنها بالقول، أو بيع العبد، أو هبته.

فإن قيل: فقد علمنا أن الوطء يوجب العدة، فلم يجز أن يرفع العدة، ألا ترى أن الخلوة كما أوجبت العدة عندكم، لم ترفع العدة؟

قيل له: الخلوة لم تكن ترفع العدة ؛ لأنها مما توجب العدة، ولأنها ليست تصرفاً في المعقود عليها، على أن النكاح موجب للعدة على بعض الوجوه، ولم يمتنع أن /١٦٠/ يكون رافعاً لها على بعض الوجوه، فإن قاسوا الرجعة على النكاح بعلة أنه استباحة

---

(١) سقط من (ب) في.

البضع، فلا بد فيه من النطق، كان ذلك منتقضاً بالْمُحرِم، لأنه يكون مستبيحاً للبضع للخروج من الإحرام، وكذلك المعتكف، والمظاهر، ألا ترى أنه يخرج من اعتكافه بغير نطق، فيستبيح البضع، والمظاهر أيضاً يستبيح البضع بالكفارة من غير نطق، فوجب أن يكون ذلك سبيل المراجع، والعلة أنه رافع حظرٍ طرأ على العقد بعد بقائه.

مسألة: في مضارة المرأة بمراجعتها

قال: ويكره للرجل أن يراجع المرأة على وجه المراغمة والمضارَّة لها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

والأصل فيه: قول الله سبحانه: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ (الطلاق /٦)، وقوله سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (الطلاق /٢)، والمراجع على وجه المراغمة لا يكون أمسك بمعروف، ولا سرَّح بإحسان، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

مسألة: في المرأة تدعي انقضاء العدة عند المراجعة

قال ولو أن رجلاً أراد أن يراجع[2] امرأته، فادعت المرأة انقضاء عدها في مدة تحتمل ذلك، و لم تَجرِ به عادة، طولبت المرأة بالبينة، ويجوز فيها شهادة امرأة واحدة إذا كانت المرأة عدلة، وتُستحلف المرأة المدعِيَة احتياطاً، فإن لم يكن لها بينة، تربصت حتى يصح تصرم عدها إن أرادت أن تتزوج، وللزوج الأول مراجعتها تخريجاً، وإن ادعت انقضاء عدها في مدة لا تحتمل ذلك، كانت الدعوى باطلة .

نص في (المنتخب)[3] على ما ذكرنا من حكمها إذا ادعت انقضاء العدة في شهرين.

وقلنا: إن للزوج الأول مراجعتها؛ لأن بقاء حكم العدة يقتضي ذلك.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢١.

(٢) في (ب): يرجع.

(٣) انظر: المنتخب ١٦٥.

ووجه قولنا: إنها إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة تحتمل ذلك، ولم تجر به عادة، ما رويناه في صدر كتابنا هذا في مسألة أقل الطهر أن امرأة ادعت انقضاء عدتها في شهر واحد، فقال شريح: إن جاءت بطانة من أهلها[١] ممن يرضى دينه وأمانته يشهدون أنها حاضت في شهر ثلاث حيض، فهو كما قالت، وإلا فهي كاذبة، وقضى بذلك، فصوبه[٢] أمير المؤمنين - عليه السلام -.

وأيضاً لما ادعت انقضاء عدتها في مدة لم تجر العادة به، كانت مدعية خلاف الظاهر، فوجب أن تلزمها البينة، كما تلزم البينة من ادعى سائر الأمور التي هي خلاف الظاهر، ولعموم قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البينة على المدعي».

وأما وجه قولنا: إن شهادة المرأة الواحدة تقبل، فسنذكره في باب الشهادات، واحتطنا، بأن ألزمناها اليمين؛ لأن أمور الفروج مبنية على الاحتياط.

فأما إذا ادعت انقضاء العدة في مدة لا تحتمل ذلك، فيجب أن تكون دعواها باطلة؛ لأن كذبها يكون معلوماً.

مسألة: في الرجل يدعي المراجعة والمرأة تنكر

قال: وإن ادعى الرجل أنه كان راجعها قبل انقضاء العدة، كان على الرجل البينة، وعلى المرأة اليمين تخريجاً، وهذا خرَّجناه من إيجاب الهادي إلى الحق - عليه السلام - البينة واليمين في دعوى الطلاق والنكاح.

ووجهه: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»، وسائر الدعاوى، والبينة تشهد لصحة ذلك، وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب (الأحكام)[٣].

---

(١) في (أ): من بطانة أهلها .

(٢) في (ب): تصويبه.

(٣) انظر: الأحكام ١/٣٧٧ - ٣٧٨.

باب القول في العدة

مسألة: في عدة ذوات الحيض

يجب على المطلقة أن تعتد ثلاثة قروء، والأقراء هي الحيض.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١] و(المنتحب)[٢].

والمطلقة التي يلزمها الاعتداد بالحيض هي التي تكون مدخولاً بها، وتكون من ذوات الحيض.

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، وهذا مما لا خلاف فيه.

فأما ما قلناه من أن الأقراء هي الحِيَض، فهو قول زيد بن علي، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، /١٦١/ وقال الشافعي: هي[٣]الأطهار، وهو قول مالك، وروي مثل ذلك عن زيد بن ثابت، وعائشة، وروي عن ابن مسعود وعمر مثل قولنا، وهو قول علي – عليه السلام –.

أخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، حدثنا سفيان، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن علي – عليه السلام – أنه قال: «زوجها أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة»[٤].

وروى زيد بن علي، عن أبيه عن جده، عن علي – عليهم السلام – قال: «الرجل أحق برجعة امرأته ما لم تغتسل من آخر حيضها»[٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٤١٨/١، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٥٣.

(٢) انظر: المنتخب ١٤١، ١٤٦.

(٣) في (ب): هو .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٦٢/٣.

(٥) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة . وروى نحوه البيهقي ٤١٧/٧ وعبد الرزاق ٣١٥/٦.

ومما يدل على ذلك: أن الناس قد اختلفوا في القرء، فمن قائل قال: إنه الطهر، ومن قائل قال: إنه الحيض، ووجدنا من قال إنه الحيض يستعمله في كل حيض على وجه الشياع، ومن قال: إنه الطهر، لم يستعمله إلا في الطهر الذي يكون بين الحيضتين، فكان الأقرب أن استعماله في الحيض حقيقة، واستعماله في الطهر مجاز، إذ استعماله في الحيض يشيع، واستعماله في الطهر يختص، وأيضاً حكي عن بعض أهل اللغة أنه قال فيه: إنه الوقت، واستشهد بقول الشاعر:

له قَرء كقَرء الحائض

أراد وقتاً كوقت الحائض، وبقول الأعشى:

لما ضاع فيها من قروء نسائك.

يريد وقت وطئهن، فإن كان ذلك كذلك، فالأولى أن يحمل القرء على وقت الحيض؛ لأن الوقت يكون وقتاً لما يتجدد فيه، ويحدث دون الطهر الذي هو باق على الأصل، وحكي عن بعضهم أنه قال: هو من الضم والتأليف، واستشهد بقول الله تعالى: ﴿**فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْءَانَهُ**﴾ (القيامة /١٨)، وبقول الشاعر:

هجان اللؤم لم تقرأ جنيناً

يريد لم تضم، فإن حمل على هذا الوجه، فالأولى أيضاً أن يحمل على الحيض، لأن أجزاء دم الحيض تنضم وتجتمع من سائر البدن في وقت الحيض، وليس لقائل أن يقول: إن الضم والاجتماع يكون في الطهر؛ لأن ذلك لو كان كذلك، لكان يسيل، إذ لا مانع منه، فبان بما ذكرناه أن حمله على الوجوه كلها على الحيض أولى من حمله على الطهر، ويدل على ذلك أن الله تعالى لما قال: ﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾ (البقرة /٢٢٨)، وجب الاعتداد بثلاثة قروء على كل مطلقة، ومن حمل على الطهر، لم يوجب على المطلقة للسنة إلا قرأين، وبعض القرء؛ لأنها إذا طلقت وهي طاهر، صار الاعتداد عند مخالفنا من بعض الطهر، فصار ما ذهبنا إليه أولى؛

لاستعمالنا[١] الظاهر على ما ورد به.

فإن قيل: فنحن أيضاً نستعمله على وجه، فنقول: اسم القرء قد ثبت أنه يتناول الحيض والطهر، فيحتمل[٢] المراد به على أن المرأة عليها ثلاثة قروء من الحيض والطهر.

قيل له: هذا ساقط من وجهين: أحدهما أن الآية دلت على أن العدة هي ثلاثة قروء، وما ذكرتموه[٣] يوجب أنها أربعة قروء وبعض قرء، وهذا فاسد بالإجماع.

والوجه الثاني: أن الأمة مجمعة على أن المراد من كل مطلقة أحد القرأين، وأن الجمع بينهما غير مراد، وما ذكرتموه يؤدي إلى خلاف ذلك، فوجب فساده.

فإن قيل: لا يمتنع أن يقال في قرأين وبعض الثالث: ثلاثة قروء، كما سمى الله تعالى شهرين وبعض الثالث أشهراً بقوله تعالى: ﴿**الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ**﴾ (البقرة /١٩٧).

قيل له: [هذا ساقط لوجهين، الأول: أن] هذا مجاز، والحقيقة ما ذكرناه. والثاني: أنه[٤] لم يقل ثلاثة أشهر كما قال: ﴿**ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**﴾، وما ذكرتموه مع ذكر العدد يكون أبعد في المجاز.

ومما يدل على ما ذكرناه: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لأم حبيبة بنت جحش: «لتنتظر قدر قرئها التي تحيض له[٥]، فلتترك الصلاة»، وفي بعض الأخبار: «لتجلس أيام أقرائها، ثم لتغتسل»، وفي حديث فاطمة بنت أبي حبيش: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمرها أن تدع الصلاة أيام أقرائها، وقد ذكرنا أسانيد هذه الأخبار في باب الحيض من كتابنا هذا، فدل ذلك على أن القرء في الشرع وإطلاقه اسم للحيض، وإذا ثبت ذلك، وجب أن يحمل قول الله تعالى على

---

(١) في (ب): لأن استعمالنا.
(٢) في (أ): فيحمل.
(٣) في (أ): ذكرتم.
(٤) في (أ): قيل له: لم يقل ثلاثة.
(٥) في (أ): فيه.

ذلك؛ لأن حمل خطاب الله تعالى على أسماء الشرع أولى من حمله على غيرها، ويدل على ذلك أيضاً ما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال في الأمة: «عدتها حيضتان»، وإذا ثبت أنها تعتد /١٦٢/ بالحيض، فلم يفصل أحد بينها وبين الحرة في هذا المعنى.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق /١)، فلا خلاف أن المراد إيقاع الطلاق في الطهر، فثبت أن الطهر هو العدة.

قيل له: المراد لقُبل عدتها، وقد وردت بهذه اللفظة أخبار، وذلك يقتضي أن يقع قبل العدة، فيجب أن يكون زمان العدة متأخراً عن الطلاق، وهذا نص مذهبنا، فسقط تعلقهم بالآية، وبان أنا لو تعلقنا بها ابتداءً، كان أولى، ومما يدل على ذلك أن العدة عبادة موضوعها لاستبراء الرحم، فوجب أن يكون اعتبارها بالحيض، دليله استبراء الأمة، يوضح ذلك ويؤكده أنا وجدنا انقطاع الحيض يمنع الاعتداد بالأقراء، وحصوله يوجب الاعتداد بها، فكان الاعتبار به أولى من الاعتبار بالطهر الذي لا مدخل له في إيجاب الاعتداد بالأقراء، وإسقاطه، وأيضاً ما نذهب إليه يقتضي إيجاب زيادة شرعية، ويقتضي الحظر، ألا ترى أنهم يبيحون لها التزوج عند الحيضة الثالثة، ونحن نحظره إلا بعد تصرمها، والقياس الذي يقتضي الحظر، ويقتضي زيادة حكم، يكون أولى، على أنه لا خلاف أن التي في بطنها ولدان تنقضي عدتها بآخرهما وضعاً، فوجب أن تنقضي عدة الحائل أيضاً بآخر[1] الخارج من رحمها دون أوله، فكل ذلك يصحح ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: فقد ثبت أن بعض الحيض لا تحتسب به إذا وقع الطلاق في الحيض، فيجب ألاَّ تحتسب بكله.

قيل له: العلة في ذلك أنه بعض القرء، فيجب قياساً عليه أن لا تحتسب ببعض الطهر، فإذا ثبت ذلك[2]، فلا قول إلا قولنا، ويدل على ذلك أن الاعتداد بالشهور لا

---

(١) في (ب): بإخراج.

(٢) في (أ): ثبت معه ذلك.

يكون إلا كمال الشهور، فكذلك الاعتداد بالأقراء، والعلة أن كل واحد منها مما يقع به الاعتداد، وإذا ثبت ذلك، فلا قول إلا قولنا؛ لأنهم يجيزون الاعتداد بطهرين وبعض الثالث.

مسألة: في عدة الصغيرة والآيسة

قال: وإن كانت المطلقة صغيرة، أو آيسة، اعتدت بثلاثة أشهر بالأهِلَّة، وحد اليأس أن تبلغ المرأة ستين سنة.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [1]، غير ما ذكرناه من الأهلة، فإنه رواه في (الأحكام) عن جده القاسم - عليه السلام -.

أما ما ذكرناه من[2] أن المطلقة إن كانت صغيرة، أو آيسة، اعتدت بثلاثة أشهر - المراد به إذا كانت مدخولاً بها - فلا خلاف فيه، وقد ورد النص به، وهو قول الله تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِن نِسَائِكُمْ..﴾ الآية(الطلاق ٤).

وما ذكرناه من الاعتبار بالأهلة، فهو أيضاً مما لا أحفظ فيه خلافاً، وقد قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ (البقرة /١٨٩)، وقد علمنا أن الغرض بها مواقيت لأحكام الناس، فوجب أن تكون هي المعتبر بها في الأحكام الشرعية المتعلقة بالشهور، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِيْ جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُوراً وَقَدَّرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِيْنَ وَالْحِسَابَ﴾ (يونس /٥)، ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً﴾ إلى قوله: ﴿مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ﴾ (التوبة /٣٦)، وليس في شيء من الشهور الأشهرَ الحرم إلا في أشهر الأهلة، ووجدنا أيضاً سائر الشرع من الصلاة والحج والنحر وما جرى مجراها متعلقاً بالأهلة دون ما سواها، فوجب أن يكون العدد كذلك.

وأما حد الإياس، فقول زيد بن علي عليهما السلام أنه خمسون سنة، وقد ذكرنا في كتاب الحيض وجه قولنا: إنه ستون سنة.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢٠، ٤٢٣. المنتخب ١٤٧.

(٢) في (ب): من أمر.

مسألة: في عدة الحامل والمستحاضة

قال: وإن كانت المطلقة حبلى، فعدمّا أن تضع ما في بطنها، فإن حملت اثنين، أو أكثر، فهي معتدة إلى أن يقع الآخر منهما، أو منهم.

والمستحاضة تعتد بالحيض، وتتحرى وقته كما تتحرى لوقت[1] الصلاة والصيام.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ما ذكرناه من أن المطلقة الحبلى عدمّا أن تضع ما في بطنها مما لا خلاف فيه، وقد قال تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤).

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في رجل طلق /١٦٣/ امرأته وهي حامل قال: « هي في العدة ما لم تلد، فإذا ولدت، فقد حل أجلها، وإن كان في بطنها ولدان فولدت أحدهما، فهو أحق برجعتها ما لم تلد الثاني»[3].

على أنها إذا كانت معتدة ما لم تضع الأول، وجب أن تكون معتدة ما بقي في بطنها ولد، والعلة أنها مطلقة حبلى.

وما ذكرناه من أمر المستحاضة، فلا خلاف أنها تتحرى لترك الصلاة والصيام، فوجب أن يلزمها التحري للاعتداد؛ لأن كل واحد منهما عبادة، فيجب أن يراعى إقبال الحيض وإدباره، ولأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قال للمستحاضة: «اقعدي أيام أقرائك»، دل ذلك على أن للمستحاضة أقراء، فوجب أن تعتد بها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، وإذا لم تصل إلى معرفتها باليقين، وجب عليها أن تتوصل إلى معرفتها بالتحري، كسائر ما تتعلق به العبادات والأحكام.

---

(١) في (أ): لترك.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٧٥، ٤٣٩.

(٣) مسند الإمام زيد، كتاب الطلاق باب العدة. وأخرجه البيهقي ٧/٤٢٤ .

مسألة: في الحيض قبل انقضاء العدة، وانقطاع الحيض

قال: ولو أن صبية طلقت، ثم حاضت قبل مضي ثلاثة أشهر، استأنفت العدة بالحيض، فإن حاضت بعد مضي ثلاثة أشهر، فقد مضت عدتها، ولو أن ذات حيض طلقت، ثم انقطع حيضها لعارض، اعتدت إلى أن تبلغ ستين سنة، ثم اعتدت ثلاثة[1] أشهر، ثم حلت للأزواج.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2].

ووجه ما قلنا من أن الصبية إذا طلقت ثم حاضت[3] قبل مضي ثلاثة أشهر، فإنها تستأنف العدة بالحيض؛ لأن[4] الله تعالى جعل الاعتداد بالشهور بشرط ألا تكون من ذوات الحيض، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِن نِّسَائِكُمْ..الآية﴾ (الطلاق/٤)، فلما حاضت هذه، صارت ذات حيض، وانتفى الشرط الذي معه جعل الله سبحانه وتعالى لها الاعتداد بالشهور، وصارت مخاطبة بالاعتداد بالأقراء؛ لقول الله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، فلذلك[5] قلنا: إنها تستأنف الاعتداد بالحيض، فأما إذا حاضت بعد مضي ثلاثة أشهر، فقد مضت عدتها؛ لأنها قد استوفت كمال عدتها وهي من اللائي لم يحضن، فلم يكن عليها غير ما أتت به.

فأما قولنا إذا كانت من ذوات الحيض، ثم انقطع حيضها، فهي تعتد إلى أن تيأس، ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، وهو[6] قول عامة الفقهاء - وإن اختلفوا في حد الإياس - وروي نحوه عن عثمان، وزيد بن ثابت، ذكره أبو بكر الجصاص في (شرح

---

(١) في (أ): بثلاثة.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٦٥، ٤٢٣.

(٣) في (أ): فحاضت.

(٤) لعله أن .

(٥) في (أ): وكذلك.

(٦) لعله فهو .

المختصر)، قال: وروي عن عمر، وابن عباس، أنها تمكث تسعة[1] أشهر، فإن لم تحض، اعتدت ثلاثة أشهر، قال: وهو قول مالك.

وروى هناد بإسناده نحو ذلك عن عمر.

وما ذهبنا إليه قول أمير المؤمنين - عليه السلام - رواه زيد بن علي عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - [2]. وروى نحوه هناد بإسناده، عن الزهري، عن علي - عليه السلام - وزيد بن ثابت.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، فأوجب على المطلقات كلهن التربص حتى يمضي عليهن ثلاثة قروء، إلا من خصته الدلالة منهن، والدلالة خصت الحبلى، والتي لم يدخل بها، والتي لم تبلغ المحيض، والتي قد أيست، والتي قد اختلفنا فيها ليست واحدة من الأربع، فوجب بحكم الظاهر عليها التربص حتى يمضي عليها ثلاثة قروء، أو تيأس فتعتد ثلاثة أشهر.

فإن قيل: ما تنكرون على من قال لكم: إنها إذا مر عليها الزمان الذي ذكرناه من غير أن تحيض فيه، تكون آيسة منه؟

قيل له: هذا لا يقتضي الإياس؛ لأنها تُجوِّز، بل تطمع في ارتفاع العارض، وعود المحيض إلى أن تبلغ السن الذي معها تيأس.

فإن قيل: لما قال الله تعالى: ﴿وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ (الطلاق /٤)، نقلهن إلى الاعتداد بالشهور؟

قيل له: الارتياب المذكور في الآية لا ظاهر /١٦٤/ له، فلا يصح التعلق به؛ لأنه يحتمل أن يكون المراد إن ارتبتم في الحَبَل، ويجوز أن يكون المراد في معاودة حيضها، ويجوز أن يكون المراد ما روي في التفسير عن ابن مسعود وغيره أن معناه إن ارتبتم في

---

(١) في (ب): أربعة.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة.

حكمهن الذي يلزمهن، وهذا هو الأولى؛ لأنه المروي، ولأن الإياس لا يجامع الوجهين الأولين؛ لأن الآيسة لا ترتاب في أنها تحبل، ولا في أنها تحيض، وإذا كان هذا هكذا، سقط التعلق به، ويدل على ذلك أيضاً ما أجمعنا عليه من أنها إذا انقطع حيضها لا يجوز لها الاعتداد بالشهور قبل مضي تسعة أشهر، فكذلك بعدها، والعلة أنها ذات حيض لم تبلغ الإياس.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إنها تعتد بالشهور قياساً على الآيسة؛ لأن حيضها قد انقطع عن العادة؟

قيل له: هذا منتقض بالتي انقطع حيضها، و لم يمر عليها تسعة أشهر، على أن علتنا مستندة إلى النصوص، وتقتضي زيادة عبادة، وتقتضي الاحتياط، والحظر.

مسألة: في عدة المتوفى عنها

قال: وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر، فإن كان زوجها غائباً، اعتدت من يوم يبلغها نعيه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١) و(المنتخب) (٢).

أما ما قلناه من أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة شهر وعشر، فمما لا خلاف فيه بين المسلمين، وقد نطق به القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُوْنَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤).

وأما ما ذهبنا إليه من أنها تعتد من يوم يبلغها نعيه، فقد ذهب عامة الفقهاء إلى خلافه، وقالوا: إنها تعتد من يوم وفاته، وروى هناد مثل قولنا عن الحسن، وحكاه ابن جرير في (الاختلاف)، عن الحسن، وقتادة، وخلاس، وهو قول أمير المؤمنين علي - عليه السلام- رواه هناد: حدثنا قبيصة، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، عن خلاس، عن علي - عليه السلام- قال: «تعتد المتوفى عنها زوجها من يوم تبلغها وفاته».

---

(١) انظر: الأحكام ٤٢٠/١، ٤٢١ - ٤٤٠، ٤٤١ - ٤٧٣، ٤٧٤.

(٢) انظر: المنتخب ١٤٢ - ١٥٨.

ويدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤)، فأوجب على كل من توفي عنها زوجها أن تعتد أربعة أشهر وعشر، فالقول بخلاف ما نذهب إليه يؤدي إلى أن تكون التي يبلغها نعي زوجها بعد مضي أربعة أشهر وعشر من يوم وفاته لا يكون عليها هذا التكليف، والآية قد ألزمت ذلك كل من توفي عنها زوجها، فوجب به صحة ما قلناه.

فإن قيل: ما أنكرتم أن تكون كلفت ذلك من حين وفاة زوجها؟

قيل له: ذلك لا يصح؛ لأنه جار مجرى تكليف مالا يطاق، بل هو أبعد، لأنه لا يجوز عند المجبرة أيضاً، لأنه لا يمكنها امتثال[1] المأمور به مع أنه لا علم لها به، ولا تتمكن من العلم به.

فإن قيل: فما تقولون في الصغيرة والمجنونة، أليس عليهما العدة، وإن لم تكونا عالمتين بوفاة الزوج؟

قيل له: لا نقول إنهما يلزمهما التكليف في ذلك، وأنهما مرادتان بالآية، وإنما نقول إنهما ممنوعتان بوفاة الزوج من عقد النكاح عليهما؛ للإجماع، فأما أن تكون الآية قد تناولتهما، فلا؛ لأن الآية تضمنت التكليف، وهما لا تكليف عليهما.

فإن قيل: فما تقولون في المطلقة، هل تقولون: إنها تعتد من حين يبلغها الخبر، أو تقولون: إنها تعتد من يوم وقع الطلاق؟

قيل له: هذا غير منصوص عليه، وإن كان الأقرب على المذهب أنها تعتد من يوم يبلغها الخبر، [ولا]سيما وقد روي عن أمير المؤمنين علي – عليه السلام – رواه هناد بإسناده عنه – عليه السلام – وعن الحسن – وقد ذكره أبو العباس الحسني – رحمه الله – في (مسائل الخلاف) – أن المطلقة تعتد من يوم يبلغها الخبر. ويدل على ذلك:

ما أخبرنا به أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا يونس، أخبرنا سفيان، عن الزهري، عن عروة، عن /١٦٥/ عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –

---

(١) في (أ): إمساك.

قال: « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام، إلا على زوجها، فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً» (١).

وأخبرنا أبو بكر المقري، حدثنا الطحاوي، حدثنا علي شيبة، حدثنا عبدالله بن أبي بكر السهمي، حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن أيوب، عن نافع، عن صفية بنت أبي عبيد، عن بعض أزواج النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وهي أم سلمة، مثل ذلك(٢).

وروي نحوه، عن أم حبيبة، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

ففي هذا أن المتوفى عنها زوجها تحد أربعة أشهر وعشراً، وذلك لا يكون إلا مع العلم بوفاة الزوج، فبان أن الحداد من يوم يبلغها الخبر، وإذا ثبت ذلك في الحداد، ثبت في الاعتداد، ولا إحداد إلا في العدة.

ومما يدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أنها إذا علمت بالوفاة حين الوفاة، لزمها أن تحد أربعة أشهر وعشراً، فكذلك إذا علمت بعد وفاته بزمان، والعلة أنها مكلفة توفي عنها زوجها، فلزمها أن تعتد، وتحد أربعة أشهر وعشراً.

فإن قيل: إذا ثبت أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدهما، وإن لم يحصل لهما العلم بوفاة أزواجهما، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل المغيبة؟

قيل له: الصغيرة والمجنونة لا تكليف عليهما، فلم يجز أن يكون عليهما تكليف العدة، والبالغة العاقلة مكلفة، فكان ردها إلى المكلفات أولى بها من ردها إلى اللواتي لا تكليف عليهن، على أن قياسنا يقتضي عبادة زائدة، وحظراً، واحتياطاً، فهو أولى مما ذكروه، على أنا قد علمنا أن تكليف الاعتداد يتعلق بالعلم بالسبب الموجب له، ألا ترى أنه لا خلاف في أنها لو علمت بالوفاة قبل مضي أربعة أشهر وعشر، لزمها الاعتداد والإحداد في باقي المدة، فدل ذلك على أن الاعتبار في ذلك بالعلم، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن اعتبارنا أولى من اعتبارهم، لأنهم يعتبرون بحصول الوفاة.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٧٥/٣ وفيه إلا على زوج.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٧٦/٣.

مسألة: في عدة المتوفى عنها إذا كانت حاملاً

قال فإن كان المتوفى عنها زوجها حبلى، فعدتها آخر الأجلين.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(١)]، وهو قول أمير المؤمنين - عليه السلام -: رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام -[(٢)].

ورواه هناد، حدثنا وكيع، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، قال: كان علي - عليه السلام - يقول: « عدتها آخر الأجلين » [(٣)]. وروى هناد بإسناده أنه قول الشعبي.

والذي يدل على ذلك: قول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤)، فأوجب على كل من توفي عنها زوجها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، وهي بعد حامل، فعليها أن تعتد حتى تضع ما في بطنها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤)، على أن هذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف إذا وضعت قبل مضي أربعة أشهر وعشر، والآية الأولى قد دلت على قولنا فيها.

فإن قيل: فقد روي عن ابن مسعود أنه قال: من شاء، لاعنته أن قوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، نزلت بعد قوله: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ [(٤)].

قيل له: وما في تقدم إحدى الآيتين وتأخر الأخرى ما يمنع من الجمع بينهما؟ ولا خلاف أن الجمع بين الآيتين والخبرين أولى من نسخ أحدهما، ونحن نجمع بين الآيتين فنقول: إن الآية الأولى ألزمت كل من توفي عنها زوجها اعتداد أربعة أشهر وعشراً،

---

(١) انظر: المنتخب ٤٤٢.

(٢) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة.

(٣) وأخرجه عنه الطبري في التفسير ١٤٣/٢٨ والقرطبي في التفسير ١٧٤/٣ والبيهقي ٤٣٠/٧.

(٤) أخرجه الطبري في التفيسر ١٤٢/٢٨ والبيهقي في السنن ٤٣٠/٧ والنسائي في السنن الكبرى ٣٩١/٣ وعبدالرزاق في المصنف ٤٧١/٦ والطبراني في الكبير ٣٢٩/٩.

والآية الثانية أوجبت إن كانت حبلى إتمام العدة إلى الوضع، فيكون استعمالنا على الجميع، على أن ما ذهب إليه علي - عليه السلام - أولى من استعمال ابن مسعود ومن تابعه[١] في استعمال النسخ.

فإن قيل: فإن قلتم: إن التي تضع قبل مضي أربعة أشهر يلزمها أن تتم أربعة أشهر وعشراً، فقد نسختم عنها قول الله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ /١٦٦/ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤)؟

قيل له: ذلك زيادة في زمان العدة، والزيادة في زمانها لا يكون نسخاً عندنا، وعلى هذا نقول إن حد القاذف لو جعل مائة جلدة[٢]، لم يكن نسخاً، والصلوات الخمس لو زيد عليها سادسة، لم يكن نسخاً، على أن قوله تعالى: ﴿وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ عام، وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾، أخص منه بموضع الخلاف، ومن مذهبنا بناء العام على الخاص، ولا يمتنع أن يَرِد الخاص، ثم العام، فيبنى على الخاص المتقدم، ولا يوجب[٣] ذلك نسخاً، ويكونان كأنهما وردا معاً، وإنما كان يوجب النسخ لو كان العام هو المتقدم، وكان الخاص هو المتأخر، لأنه كان يوجب إزالة بعض أحكامه الثابتة، وذلك صورة النسخ، يوضح ذلك أنا لو جعلنا المتقدم مخصصاً للمتأخر، لم يكن ذلك نسخاً، وإذا جعلنا المتأخر مخصصاً للمتقدم، كان ذلك نسخاً لا محالة، إذ قد ثبت أنه لا يجوز تأخير البيان، ولأنه جاز مع هذا القول تخصيصه، فلا وجه مع هذا القول لتخصيص المتقدم بالمتأخر إلا النسخ.

فإن قيل: فقد روي أن سبيعة بنت الحارث الأسلمية وضعت بعد وفاة زوجها لبضع وعشرين ليلة، وروي شهراً، وروي أربعين ليلة، فأذن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في أن تتزوج[٤].

---

(١) في (أ): تابعه على النسخ.

(٢) سقط من (أ) جلدة .

(٣) في (ب): نوجب.

(٤) أخرجه البخاري ٢٠٣٨/٥ ومسلم ١١٢٢/٢ وابن حبان ١٣٠/١٠ وأبو عوانة ١٩٠/٣ والترمذي ٤٩٨/٣ والدارمي ٢١٩/٢ وابن ماجه ٦٥٣/١.

قيل له: الكلام في هذا الخبر على وجهين:

أحدهما: أنه متأخر عن قوله ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤) وقد ثبت أن المخصص إذا تأخر، اقتضى النسخ، إذ لا يجوز حمله على البيان؛ لأن تأخير البيان لا يجوز، وقد ثبت فساد القول به، وإذا ثبت أنه يقتضي النسخ، فلا يجوز نسخ القرآن بخبر الواحد عند جميع الأمة، فوجب سقوطه.

فإن قيل: ومن أين ثبت لكم تأخر حديث سبيعة عن قوله سبحانه: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾؟

قيل له: لوجهين:

أحدهما: ما روي من [أن] قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِم مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ (البقرة /٢٤٠) نسخ بقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾، فلو كان حديث سبيعة متقدماً على الآية، لكان هو الناسخ؛ لأنه الحول، دون ما روي من تربص أربعة أشهر وعشر.

والثاني: ما روي أن أبا السنابل بن بعلك أنكر على سبيعة[1]، ولا يجوز أن ينكر إلا وقد عرف حكم الاعتداد قبل ذلك، وهذا يوجب أن الآية سابقة.

والوجه الثاني من الكلام في الحديث: أنه متأول على أن زوجها كان أبتَّ[2] طلاقها قبل وفاته، وأُطلق عليها اسم الزوج توسعاً، أو جائز أن يكون النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - عرف ذلك من حالها، فأفتى بذلك، وليس هناك لفظ يوجب التعميم يمكن التعلق به.

ومما يدل على ذلك: ما أجمعنا عليه من أن الحائل إذا مات عنها زوجها، لم تنقض عدتها قبل أربعة أشهر وعشراً، وكذلك الحامل، والعلة أنها عدة أوجبتها وفاة الزوج، فوجب ألا تنقضي قبل ما ذكرناه، وقياسنا هذا أولى من قياسهم على المطلقة الحبلى لوجوه:

---

(١) انظر التخريج السابق .

(٢) لعله بت .

منها: أن المتوفى عنها زوجها بالمتوفى عنها زوجها أشبه منها بالمطلقة.

ومنها: أن عدة المطلقة وضعت على الاختلاف، ألا ترى أن عدة ذوات الحيض منهن يخالف عدة الآيسة، والتي لم تحض، فلم يمتنع أن تخالف عدة المطلقة الحبلى عدتهن، وعدة المتوفى عنها زوجها وضعت على الاتفاق، فإنها لا تنقضي قبل أربعة أشهر وعشر، ألا ترى أنه يستوي فيها حكم ذوات الحيض، والآيسات، واللواتي لم يحضن، فوجب أن يستوي في ذلك حكم الحبلى منهن وحكم غيرها.

ومنها: أن عدة المتوفى عنها زوجها موضوعة على التشدد[1]، ألا ترى أن /١٦٧/ العدة في أيامها زائدة، ويلزم من الحداد فيها مالا يلزم في غيرها، وتلزم المدخول بها وغير المدخول بها، فوجب على ذلك أن تكون أبعد الأجلين.

ومنها: أن قياسنا يقتضي الحظر، والاحتياط، وعبادة زائدة شرعية.

فإن قيل: موضوع العدة إنما هو استبراء الرحم، ولا وجه لاستبراء الرحم بعد الوضع.

قيل له: العدة وإن كانت موضوعة في الأصل لاستبراء الرحم، فلا خلاف أنها قد تجب بحيث لا مساغ فيه لاستبراء الرحم، ألا ترى أن الطفلة إذا مات عنها زوجها، تجب العدة، وكذلك الكبيرة إذا مات عنها زوجها الطفل، تلزمها العدة، وكذلك من مات عقيب عقد النكاح قبل أن يفارق المجلس، تلزم زوجته العدة، وكل هؤلاء لا وجه لاستبراء أرحامهن، فلم يمتنع مثله في الموضع الذي اختلفنا فيه، على أن الشافعي يذهب إلى أن الصغير إذا مات وله زوجة حبلى، فوضعت قبل مضي أربعة أشهر وعشر، فعليها أن تعتد إلى انقضاء العدة، وهذا مما يمكن أن يجعل أصلاً يقاس عليه.

مسألة: في عدة الإماء

قال: ولا فصل في العدة بين الأمة والحرة، ولا فصل بين أن يكونا تحت حر أو عبد.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [2] وهو مما مضى الكلام فيه مستقصى في كتاب النكاح في باب نكاح المماليك، فلا وجه لإعادته.

---

(١) في (أ): التشديد.

(٢) انظر: لأحكام ٤٦٦/١. المنتخب ١٥٤.

فصل في الحربية المتزوجة تُسلم وتهاجر

نص يحيى بن الحسين - عليه السلام - في (الأحكام)[1] أن الحربية إذا أسلمت وهاجرت إلى دار الإسلام وهي ذات بعل، لم يكن لها أن تتزوج حتى تعتد، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا عدة عليها، واختلفت الرواية إن كانت حبلى، فروي أن ليس لها أن تتزوج حتى تضع، وروي أن لها أن تتزوج قبل الوضع.

والأصل في ذلك: أنها فرقة طرأت بالإسلام على المدخول بها، فوجب أن تلزمها العدة، دليله إذا أسلمت زوجة الوثني، وإن شئت، قلت: فرقة طرأت لاختلاف الدينين، فوجب أن تلزمها العدة، دليله امرأة المرتد، على أن أبا بكر الجصاص حكى أن الأصح والأشبه على قول أبي حنيفة أن الحامل إذا أسلمت وهاجرت ولا زوج في دار الحرب، لم يكن لها أن تتزوج حتى تضع، فيمكن أن يقاس عليها الحائل بعلة أنها مسلمة هاجرت ولها في دار الحرب زوج حربي، فوجب ألا تتزوج حتى يمضي زمان عدة مثلها. والأصول تشهد لصحة ما قلناه؛ لأن الفرقة العارضة بعد الدخول بالزوجة من أي وجه عرضت فالعدة واجبة.

فإن قيل: حقوق أهل الحرب منقطعة عن دار الإسلام، والعدة حق الزوج، فلا يلزمها حق زوجها الحربي المقيم في دار الحرب.

قيل له: العدة وإن كانت حقاً للزوج، فقد تجب مع انقطاع حقوقه، ألا ترى إلى وجوبها على من توفى عنها زوجها، وإن كان الزوج قد انقطعت حقوقه، على أن المطلقة ثلاثاً قد انقطعت عنها حقوق زوجها، ومع هذا تلزمها العدة، على أن ما ذهبنا إليه يوجب عبادة، وحظراً، واحتياطاً، فهو أولى، ويوضح ذلك ويدل عليه ما روي أن عكرمة بن أبي جهل هرب من مكة وهو مشرك، فأسلمت امرأته، ثم رجع وهي بعد في العدة، فرجع إليها بالنكاح، وكذلك روي في صفوان، فدل ذلك على

---

(١) انظر: الأحكام ٣٩٢/١.

أن كونها في دار الإسلام مع كون زوجها حربياً /١٦٨/ في دار الحرب لا يوجب سقوط العدة عنها.

مسألة: فيما لا يجوز فعله للمتوفى عنها زوجها

قال: ولا يجوز للمتوفى عنها زوجها أن تختضب، ولا أن تتطيب، ولا أن تلبس ثوباً مصبوغاً، ولا تمشط مشطاً حسناً، ولا تسافر سفراً، ولا تكتحل إلا أن تضطر إليه، وتعتد حيث شاءت.

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام)[1].

أما ما ذكرناه من إيجاب الحداد على المتوفى عنها زوجها، فهو قول العلماء، لا أحفظ فيه خلافاً. وحكي عن الحسن أنه كان يذهب إلى أنه مباح غير واجب.

وقد روى ابن أبي شيبة، عن يحي بن سعيد، عن ابن جريج، عن ابن عباس قال: كان ينهى المتوفى عنها زوجها أن لا تكتحل، ولا تختضب، ولا تتطيب، ولا تلبس إلا ثوب عصب [2]. وهو قول أمير المؤمنين – عليه السلام – رواه عنه زيد بن علي – عليهم السلام –[3]، ولا مخالف فيه من الصحابة، فبطل ما كان يذهب إليه الحسن.

ورَوى نحو ذلك عن أم سلمة، قالت جاءت امرأة إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقالت: يا رسول الله، ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينَها، أفتكحلها؟ فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا – مرتين، أو ثلاثاً – قال: إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول» [4] فكل ذلك يحج الحسن فيما كان يذهب إليه. وقوله: «ولا تلبس ثوباً مصبوغاً»، المراد به: الصبغ الذي يكون للزينة، فقد نبه عليه يحيى بن الحسين بقوله: «ولا تمشط مشطاً حسناً».

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢٢ـ٤٢٣.

(٢) أخرجه ابن ابي شيبة في المصنف ٤/١٦٥ ولكنه بسند آخر عن أم عطية، والسند المذكور هنا متنه هو: كان ينهى المتوفى عنها عن الطيب والزينة.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤/١٩٩.

وقلنا: إنها لا تسافر لا للحج، ولا للعمرة، ولا لغيرها، لأنه إخلاء لبيته.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال في المتوفى عنها زوجها: «تخرج بالنهار، ولا تبيت في غير بيتها»[١].

وروى هناد بإسناده أن عبدالله بن[٢] الزبير رد نسوة كثيرة من ظهر الكوفة توفي عنهن أزواجهن حاجّات أو معتمرات، وروى عن عمر أنه رد نساء من ذي الحليفة حاجات ومعتمرات، توفي عنهن أزواجهن، قال الله تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِيْنَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ (الطلاق /١).

وقلنا: إنها لا تكتحل إلا أن تضطر إلى ذلك؛ لأنها مُنعت الزينة، ولم تُمنع التداوي، ولما رواه أبو داوود في (السنن) [٣] عن أم سلمة أنها قالت للتي سألتها عن الكحل، وقد توفي عنها زوجها لا تكتحل إلا لأمر لابد منه.

فإن قيل: فقد روت هي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال للتي سألته عن ابنتها أنها اشتكت عينها فهل تكحلها؟ فقال: لا.

قيل له: ذلك محمول على أنها لم تكن اضطرت إلى الكحل؛ ولأن الضرورة قد جعلت عذراً في سائر العبادات، فكذلك في هذه العبادة.

وما ذهبنا إليه من أنها تعتد حيث شاءت من بيتها، أو بيت زوجها: هو قول أمير المؤمنين - عليه السلام - حكى ذلك عنه القاسم بن إبراهيم عليهما السلام، وروى نحوه هناد عنه - عليه السلام - وروى بإسناده عن الحسن أن علياً - عليه السلام - نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر، وروي نحوه عن ابن عباس.

وروي عن عبدالله أنها لا تخرج حتى توفي العدة، وبه قال أكثر الفقهاء.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب العدة.

(٢) في (ب): عبدالله بن مسعود.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٣٠٢/٣.

أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤)، فأمرهن بالتربص و لم يشترط مكاناً دون مكان، فوجب بظاهر الآية أن يكون لها الخيار في الأماكن، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ (البقرة /٢٤٠).

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ﴾ منسوخ.

قيل له: النسخ يتناول منها زمان العدة دون صفتها، فلا يجب ما ذكرتم، ألا ترى أن صوم عاشوراء لما نسخ وجوبه، لم يجب أن يكون سائر أحكامه منسوخة.

فإن قيل: فقد روي أن فريعة بنت مالك – أخت أبي سعيد الخدري- كان زوجها في طلب عبدٍ له، فقتل بطرف القدوم، فأتت النبي – صلى الله عليه وآله وسلم- فقالت: يا رسول الله، إني في دارِ وحشة، أفأنتقل إلى أهلي؟ فأذن لها، فلما خرجت إلى الحجرة، أو /١٦٩/ المسجد، دعاها، فقال: « اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعيه حتى يبلغ الكتاب أجله، أربعة أشهر وعشراً »[1]، فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشراً.

قيل له: هذا الخبر لو استدللنا به، كان أولى، وذلك أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أذن لها في ذلك حين استأذنت، ولا يجوز أن يأذن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – في أمر محظور عليها، فدل ذلك على أن التحول كان جائزاً لها، ولا يمكن أن يستدل بقوله – صلى الله عليه وآله وسلم – بعد ذلك « اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك » على أن التحول محظور؛ لأن هذا يقتضي النسخ، وقد دلت الدلالة على أن نسخ الشيء قبل وقت فعله غير جائز، وأنه يدل على البدا، فإذا كان هذا هكذا، وجب حمل قوله: « اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك » على وجه المشورة وابتغاء الصلاح.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن الأمر الأول محمول على المشورة، وابتغاء الصلاح، وإن الأمر الثاني محمول على الوجوب؟

---

(١) أخرجه الحاكم ٢٢٦/٢ والبيهقي ٤٣٤/٧ والنسائي ٣٩٤/٣ وعبد الرزاق ٣٤/٧ والطبراني في الأوسط ٣٨/٥.

قيل له: الفرق بين الأمرين أن المباح قد يجوز أن يؤمر بتركه لضرب من الرأي، وضرب من الصلاح، وليس كذلك المحظور، لأنه لا يجوز أن يؤمر الإنسان بارتكابه لضرب من الرأي، فإذا ثبت هذا، فالأولى أن يحمل الأذن على الإباحة الشرعية، والمنع على الرأي والمشورة.

مسألة: فيما تتجنبه المطلقة والمطلق

قال: وأما المطلقة، فلا يجب عليها أن تترك التزين والتطيب، ولا بأس أن تظهر ما يجوز إظهاره من ذلك لزوجها ترغيباً له في نفسها، إن كانت له عليها رجعة، وعليها[١] أن تعتد في مترل زوجها، وعلى الزوج أن يتحرز من النظر إلى شعرها، وجسدها، أو شيء من عورتها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

ولا إشكال أن المطلقة تطليقة رجعية لا حداد عليها؛ لتنصيصه على ذلك في (الأحكام) في المطلقة الرجعية[٣]، وأما المبتوتة، فظاهر قوله في عدة المطلقة يوجب أنه لا حداد عليها أيضاً، وكذلك تخصيصه الإحداد بعدة المتوفى عنها زوجها يقتضي ذلك، فوجب أن يكون حاصل المذهب أن المطلقة لا حداد عليها، سواء كانت مبتوتة، أو كانت عليها رجعة، وإن كان أبو العباس الحسني أشار إلى خلاف ذلك، وما ذكرناه هو الأظهر من قول الشافعي، فأما أبو حنيفة، فإنه أوجب الحداد على المبتوتة دون مَن عليها رجعة، حكى ذلك أبو الحسن الكرخي في (المختصر)، وحكى ابن جرير عن أبي ثور أن الحداد يلزم كل معتدة. وإن كانت عليها رجعة، أو كان اعتدادها عن نكاح فاسد.

والأصل في ذلك: قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام»، واستثنى من مات عنها زوجها،

---

(١) في (أ): وعلى.

(٢) انظر: الأحكام ٤٢٣/١ - ٤١٩.

(٣) في (أ): رجعية.

فوجب أن تكون غيرها ممنوعة من الإحداد في العدة، على أن الإحداد حظر مباحات، وعبادة مشروعة، فلا يمكن إثباته إلا بالدلالة، على أن المطلقة الرجعية عند أكثر العلماء أنه لا حداد عليها، وكذلك المبتوتة، بعلة أنها معتدة من طلاق، أو يقال معتدة لغير الوفاة، ومن خالف في ذلك، جعل معه: أصله الاستبراء، فقال: هو عبادة موضوعة لاستبراء الرحم لم تقتضها الوفاة، فوجب ألا يلزم فيها الحداد.

فإن قاسوها على المتوفى عنها زوجها، بعلة أنه اعتداد لا رجعة فيها، كان ذلك منتقضاً بالاعتداد من وطء الشبهة، فإن احترزوا من ذلك، قيل لهم: العلة في ذلك تعظيم وفاة الزوج، ألا ترى أن العدة منها تلزم المدخول بها وغير المدخول، وليس لهم أن يقولوا إنها علة مقتصرة؛ لأنها تتعدى إلى الذمية إذا مات عنها الذمي - والظاهر من مذهب يحيى - عليه السلام - أنها والمسلمة في ذلك سواء - على أنا /١٧٠/ وجدنا الحداد موضوعه لإظهار الحزن، وإظهار الحزن يجب للوفاة دون الطلاق، ألا ترى أن للمرأة أن ترغب في[1] الطلاق وتلتمسه، وتبذل المال عليه على بعض الوجوه، وما كان كذلك، فلا يجب الحزن عليه، على أن حكم العدة من الطلاق بحكم عدة الطلاق أشبه من حكم عدتها بحكم عدة الوفاة، على أنها عدة لا تلزم إلا بالدخول، فوجب ألا يجب فيه الحداد، كالعدة من التطليقة الرجعية، ويؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ﴾ (المائدة /٨٧).

وقلنا: إن لها أن تظهر بعض الزينة لزوجها ترغيباً؛ لأنه مباح لها أن ترغَب في الرجعة، وتُرغِّب زوجها فيها، فجاز أن تظهر بعض الزينة.

وقلنا: إن على الزوج أن يتحرز من النظر إلى شعرها وجسدها؛ لأنها مطلقة، فوجب أن يكون سبيلها في ذلك سبيل المبتوتة، ولأن عقد النكاح قد انحلّ ؛ بدلالة قوله الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (البقرة /٢٢٨)، يعني أحق بردهن إلى الملك، وذلك لا يقال إلا والملك منحَلٌّ، وكذلك قوله تعالى بعد ذلك:﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً﴾، وظاهر موضوع[2] الإصلاح صلاح الفاسد، فيجب أن يكون العقد قد فسد.

---

(١) في (أ): أن تُرغب في نفسها في حال الطلاق.

(٢) في (أ): موضع.

مسألة: في عدة غير المدخول بها وعدة المختلعة

قال: ولو أن امرأة طلقها زوجها قبل أن يدخل بها، فلا عدة عليها، وإن خلا بها وهي لا تصلح للجماع، استحبت[(١)] العدة لها، وعدة المختلعة كعدة سائر المطلقات.

جميعهُ منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [(٢)] غير ما ذكرناه من استحباب العدة على التي خلا بها زوجها وهي لا تصلح للجماع، فإنه منصوص عليه في (المنتخب) [(٣)] فقط.

أما ما ذكرناه من أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها، فلا خلاف فيه، وورد النص به، قال الله تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ..الآية﴾ (الأحزاب/ ٤٩).

وقلنا: إن خلا بصبية لا يصلح مثلها للجماع، لم يستحب تزويجها إلا بعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يثبت وجوب العدة؛ لأن العدة تعلقت بالدخول، والدخول هو الوطء، والخلوة تعلقت بمن يصلح للجماع على ما بيناه في كتاب النكاح، فإذا خلا بها وهي لا تصلح للجماع، لم يكن لتلك الخلوة حكم، فلم يجب أن يحكم بوجوب العدة؛ إذ هي كأنها لم يخل زوجها بها حكماً.

ووجه الاستحباب: أنها قد استحل منها ما هو محرم على غيره من الخلوة بها، فشابه حكمها حكم التي تصلح للجماع، فلم يستحب تزويجها إلا بعد انقضاء العدة، وهذا يجب أن يكون في التي يُشتهى مثلها، دون من لها أشهر، أو سنة، أو سنتان؛ لأن مثلها لا يحرم النظر إلى جسدها، ولا الخلوة بها، وإنما يحرم ذلك ممن يشتهى مثلها.

وقلنا: إن عدة المختلعة كعدة سائر المطلقات؛ لأن المختلعة عندنا مطلقة؛ إذ قد دللنا على أن الخلع طلاق، وقال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (البقرة /٢٢٨)، على أني لا أحفظ فيه خلافاً.

---

(١) في (أ): استحب.

(٢) انظر: لأحكام ٤٢٤/١ - ٤٢٥. المنتخب ١٤٦، ١٥٨.

(٣) انظر: المنتخب ١٢٩ ولفظه: قلت: فإنها مثلها ليس يصلح للجماع، وقد خلا بها هل يجب عليه المهر والعدة؟ قال: نعم.

مسألة: في عدة أم الولد

قال: ولو أن رجلاً أعتق أم ولده، أو مات عنها، استبرأ رحمها بحيضتين، والثلاث أولى أن تعتد بها إن كان مات عنها، فإن كان أعتقها، ثم تزوجها، ثم مات عنها، كانت عدتها كعدة غيرها من النساء. وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

وتحصيل المذهب: أن عدتها الواجبة بالعتق، أو الوفاة: حيضتان، وحكى أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - مثل هذا القول عن مكحول، وأبو حنيفة يجعلها ثلاث حيض، والشافعي يجعلها حيضة واحدة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه قد ثبت أن عدتها جارية مجرى الإستبراء دون العدد، وقد ثبت أن الاستبراء يكون بحيضتين، حيضة للبائع، وحيضة للمشتري، وهذا مما سلف القول فيه في مسألة الاستبراء، فيجب على ذلك أن يكون بين وطء المالك لها، ووطء الزوج حيضتان، وإذا ثبت ذلك ثبت أن مَن وليَ العتق، أو الوفاة، أو الوطء منهن، يلزمها بحيضتين، وإذا ثبت ذلك، فلم يفصل أحد بينهما وبين من يلي العتق أو الوفاة، فوجب أن يكون ذلك حكم استبراء جميعهن، وإنما قلنا إن حكم عدقمن حكم الاستبراء؛ لأنه متعلق بزوال الملك، ومن حكم العدة أن تجب للفرقة الطارئة على النكاح، أو الوطء يحصل من شبهة، ويمكن أن يحرر القياس فيه فيقال: لما كان استبراء الرحم يتعلق بزوال ملك يمين مستقر في الإسلام، وجب أن يكون بين الوطئين الواقعين في ملكين حيضتان، وأيضاً لا يلزمها عدة الوفاة لزوال الملك، فوجب ألا يلزمها عدة الطلاق، دليله المبيعة.

فإن قيل: روي عن علي السلام أنه قال: تعتد ثلاث حيض.

قيل له: هو وجه الاستحباب عندنا.

فأما إذا أعتقها، وتزوجها، ومات عنها، فلا خلاف أنها تعتد أربعة أشهر وعشراً؛ لأنها زوجة، وكذلك لو طلقها يجب أن يلزمها عدة المطلقة.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٤.

كتاب

الظهار

باب القول في الظهار

مسألة: في كيفية الظهار

إذا ظاهر الرجل مِن امرأته، وهو أن يقول لها: أنت عليَّ كظهر أمي، أو كبطنها، أو كفرجها، أو كرجلها، أو كساقها، أو كفخذها، أو يقول: كأمي، ونوى بذلك الظهار، ثم أراد مماستها، وجبت عليه الكفارة قبل مماستها، وهذه الجملة تنطوي على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن الرجل يكون مظاهراً بأي شيء ذَكرَ من أمه، وهذا منصوص عليه في (الأحكام) (١).

والثانية: أنه لا يكون مظاهراً إلا أن ينوي الظهار، وهذا أيضاً منصوص عليه في (الأحكام) (٢).

والثالثة: أن وجوب الكفارة يتعلق بإرادة المماسة، وهذا مما خرَّجه(٣) أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - من قوله في (الأحكام) (٤): « من ظاهر من امرأته، فلا يحل له مداناها إلا من بعد أن يكفِّر »، فنبه على أن التكفير لاستباحة وطئها، وعليه حمل - رحمه الله تعالى - العود المذكور في الآية.

المسألة الأولى: فيما ينعقد به الظهار

ذهب الشافعي فيها إلى مثل قولنا، وقال أبو حنيفة: الظهار أربعة أشياء: الظهر، والبطن، والفرج، والفخذ.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنهم لما أجمعوا على أن الرجل قد يكون مظاهراً بذكر الفرج

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٣.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٣٣.

(٣) في (ب): أخرجه.

(٤) انظر: الأحكام ١/٤٢٩.

والبطن كما يكون مظاهراً بذكر الظهر، وعلى أن حكم الظهار غير مقصور على الظهر على ما يقتضيه الاشتقاق، ثبت أنه يجب أن يشيع في ذكر أي بعض من أبعاض الأم، فصح ما ذهبنا إليه، إذ ليس شيء من أبعاضها أولى بذلك من سائرها، ويكون تحرير القياس فيه بأن يقال: قد ثبت أن الرجل إذا قال لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، من أنه يتعلق به حكم الظهار، فكذلك إذا شبهها بسائر أبعاض أمه، والمعنى أنه شبهها ببعض من أبعاض أمه.

فإن قيل: إن العلة في ذلك أنه شبهها ببعض من أبعاض الأم يحرم عليه النظر إليه.

قيل له: هذا غير مناف لعلتنا، بل الاقتصار عليه يقتضي المنع من القياس، فصار اعتلالنا أولى، على أن جميع أبعاض الأم قد اشتركت في أنه يحرم على الابن التلذذ به، فوجب أن يخص حكم الظهار بذكر جميع أبعاضها؛ لأن الظهار يقتضي التحريم، فإذا شبهها الرجل بما هو محرم عليه من أمه، وجب أن يكون لتعلق حكم الظهار به مسرح، على أنهم لا يختلفون في أن قول الرجل: أنت عليَّ كأمي[1] يجوز أن يكون ظهاراً، ولا يصح القول بأن الرجل يحرم عليه النظر إلى أمه، فبان أن الحكم غير مقصور على ما ذهبوا إليه.

ومما يؤكد ذلك ما قد ثبت أن الظهار لا يكون بذكر كل محرم على الرجل، وإنه إذا ذكر المحرم عليه من أمه، كان مظاهراً بأي بعض ذكر من المرأة، كأن يقول: رأسك، أو /١٧٢/ يدك، أو رجلك عليَّ كظهر أمي؛ إذ قد نص على ذلك[2] في العتاق، وسنبين الكلام في ذلك في كتاب العتاق.

المسألة الثانية: في اشتراط نية الظهار

وأما المسألة الثانية، فهي أنه لا يكون مظاهراً إلا بأن ينويه، وما ذكرناه من الدلالة على أنه لا يكون مُطَلِّقاً إلا بالنية، يدل على أنه لا يكون مظاهراً إلا بالنية، وكذلك

---

(١) في (أ): كظهر أمي.

(٢) في النسخ : في ذلك.

اتفاقهم على أنه لا يكون مظاهراً إذا ذكر كنايات الظهار، كقوله: أنت عليَّ كأمي، إلا بالنية، يدل على ما ذكرناه، وقد بيَّنا الطريقة فيه في مسألة نية الطلاق واستقصيناه، فلا وجه لإعادته.

المسألة الثالثة: فيما يتعلق به وجوب الكفارة

وأما القول بأن وجوب الكفارة يتعلق بإرادة المماسة، وأن قول الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾(المجادلة /٣) متأول عليه، فهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وحكي نحوه عن الحسن، وقتادة، وسعيد بن جبير، وكذلك روي عن ابن عباس.

وأخبرنا أبو العباس الحسني، أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن علي، حدثنا علي بن الهيثم، عن المسيب بن شريك[1]، عن ثابت بن ضمرة اليماني، عن عكرمة، عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾، قال يريد أن يجامعها قبل أن يُكفِّر. وقال الشافعي: هو أن يمسكها بعد القول زماناً يمكنه تحريمها بالطلاق، وتحصيله أنه لا يطلقها عقيب القول مع التمكن، وحكي عن مجاهد أنه تأول العود على نفس اللفظ، وقال: إن المراد به العود إلى ما نهي عنه مما كانوا يقولونه في الجاهلية، وحكي عن مالك أن العود هو الوطء، وحكي عن داود أنه حمله على إعادة القول مرة أخرى.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه في هذا الباب: أنه مروي عن ابن عباس[2] على ما بيناه، ولم يرو خلافه عن أحد من الصحابة، فجرى مجرى الإجماع، فوجب أن يُقضى بصحته، ويدل على ذلك قوله سبحانه: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾، فنبه به على أن الكفارة ترفع التحريم الواقع، وهو تحريم الوطء، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن وجوبها إنما هو لرفع ذلك التحريم.

ومما يبين فساد ما ذهب إليه الشافعي، فهو أن الظهار لا يؤثر في النكاح، وإنما

---

(١) في (أ): المسيب وشريك.

(٢) أخرجه مرفوعاً الحاكم ٢/٢٢٢، والترمذي ٣/٥٠٣، والنسائي ٣/٣٣٧.

يؤثر في تحريم الوطء، فكان الواجب أن تكون الكفارة لإزالة تأثير الظهار، دون مالا يتعلق الظهار به، ولا تأثير له[١] فيه، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن يكون وجوبها لإزالة التحريم للاستمرار على النكاح الذي لم يؤثر فيه الظهار، وإذا ثبت ذلك، ثبت ما ذهبنا إليه من أن الكفارة تجب لاستباحة المماسة إذا أرادها بعد الظهار.

ومما يدل أيضاً على فساد قول الشافعي: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، و« ثم » في لغة العرب موضوع للتراخي، فعلق سبحانه الكفارة بأمر يتراخى، والإمساك الذي ذهب إليه الشافعي يلي الظهار، فأوجب الظهار تعلق الكفارة بغير الإمساك، على أن الله تعالى أوجب الكفارة بعد العود، وإمساك المرأة وترك طلاقها لا يسمى في اللغة ولا في العرف عوداً.

فإن قيل: فأنتم أيضاً لا توجبون الكفارة بنفس ما جعلتموه عوداً، وإنما تمنعون وطأها حتى يُكفر.

قيل له: الظاهر يقتضي ذلك؛ لأن قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ (المجادلة/٣) مثل قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾ (المائدة /٦)، وقوله تعالى: ﴿إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً﴾ (المجادلة /١٢)، فكما أن الطهارة لزمت من أراد الصلاة قبل الصلاة، والصدقة قد لزمت من أراد المناجاة للرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - قبل المناجاة، فكذلك كفارة الظهار تلزم من أراد الوطء قبل الوطء؛ لأن تقدير الآية: من أراد المماسة، فليكفر قبل المماسة، كتقدير آية الطهارة، وآية الصدقة.

وأما ما حكي عن مجاهد، فالظاهر يقتضي خلافه؛ لأن الله تعالى فصل بين الظهار وبين العود بـــ(ثم)، فالظاهر أنهما أمران منفصلان يتراخى الثاني عن الأول، وهو يجعلهما أمراً واحداً.

وما حكي عن مالك أيضاً يقتضي الظاهر خلافه؛ لأن الله تعالى أوجب الكفارة

---

(١) في (أ): تأثير فيه.

بعد العود، وقبل المسيس، بظاهر قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، فما يجب أن يكون الكفارة بعده لا يجوز أن يكون هو الذي يجب تأخره عن الكفارة، على أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي أنه لو ظاهر، ثم طلق، لم تلزمه الكفارة، فكذلك إذا لم يطلق، والمعنى أنه مظاهر لم يرد مماسة زوجته.

وكذلك ما حكي عن داود فظاهر الفساد؛ لأنه لم يُحكَ عن أحد من السلف، ولأن قوله ﴿يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِم﴾ ينطلق على من ظاهر مرة، أو ظاهر مراراً، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن الكفارة وجبت لأمر سوى الظهار؛ لأنه تبارك وتعالى قال: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ (المجادلة /٣)، فأثبت عوداً غير الظهار به يتعلق وجوب الكفارة، على أن ما روي من حديث أوس بن الصامت[١]، وسلمة بن صخر[٢]، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أمرهما بالكفارة من غير أن يسألهما[٣] هل أعدتما القول، وجعل ذلك شرطاً فيما ألزمهما، دليل على أنه لا اعتبار به، على أن الظاهر لا يقتضي ما قالوه؛ لأن قائلاً لو قال: حرَّم فلان كذا على نفسه، ثم عاد لما حرَّم، لم يعقل من ظاهر قوله تكرير لفظ التحريم، وإذا ثبت أن الظاهر لا يقتضيه، وجب أن يرجع إلى ما سواه، فكان أولى الوجوه ما ذكرناه على ما بيناه ورتبناه.

مسألة: في بيان كفارة الظهار

قال: والكفارة أن يعتق رقبة، فإن لم يجد، صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع، أطعم ستين مسكيناً من المسلمين، ثم يحل له من بعد ذلك مداناها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٤]. وهذه الجملة مما لا خلاف فيها.

---

(١) أخرجه الحاكم ٥٢٣/٢، والترمذي ٤٠٥/٥، والبيهقي ٣٨٢/٧، والدارقطني ٣١٦/٣، وأبو داود ٢٦٦/٢.

(٢) أخرجه الحاكم ٢٢١/٢، وابن خزيمة ٧٣/٤، والترمذي ٥٠٢/٣، والدارمي ٢١٧/٢، وأبو داود ٢٦٥/٢، وابن ماجة ٦٦٥/١.

(٣) في (ب): سألهما.

(٤) انظر: الأحكام ٤٢٩/١، ٤٣٠، ٢٥٨، ٢٥٩.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ..﴾ (المجادلة /٣) الآية.

وروي أنها نزلت في شأن خولة بنت مالك، وقيل: خويلة، وقيل: جميلة، رواه يحيى - عليه السلام - في (الأحكام)[١] وأبو داود في (السنن)[٢] بألفاظ مختلفة، وروي أنها كانت تحت أوس بن الصامت فأتت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقالت: ظاهر مني زوجي أوس، وشكت حالها إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأنزل الله تعالى هذه الآية، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يعتق رقبة، قالت: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: يا رسول الله، إنه شيخ كبير ما به ما صام، قال: فليطعم ستين مسكيناً، قالت: ما عنده شيء يتصدق به، قال: فإني سأعينه بعَرَق من تمر، قالت: وإني أعينه بعَرَق آخر، قال: أحسنت[٣]، اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك»[٤].

وروى أبو داود في (السنن) وغيره حديث سلمة بن صخر قال: كنت امرأً أصيب من النساء مالا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان، خِفت أن أصيب من امرأتي شيئاً، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ انكشف لي منها شيء، فلم ألبث حتى نزوت عليها، فلما أصبحت، انطلقت إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأخبرته، فقلت له: أنا صابر لأمر الله فاحكم فيَّ بما أراد الله تعالى، قال: « حرر رقبة ». قلت: والذي بعثك بالحق نبياً ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتي. قال: « فصم شهرين متتابعين ». فقلت: فهل أصبت إلا في الصيام! قال: « فأطعم وسقاً من تمر ستين مسكيناً »، قلت: والذي بعثك بالحق نبياً لقد بتنا ومالَنا طعام. قال: « فانطلق إلى صاحب الصدقة، فليدفعها إليك، فأطعم ستين مسكيناً »، وفي بعض الحديث: « فكل أنت وعيالك بقيته »[٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٤٢٦/١، وقال: إنها خولة بنت ثعلبة، وهي خولة بنت مالك بن ثعلبة.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢٧٢/٢ - ٢٧٥، وفيه روايات هي خولة، وروايات هي جميلة.

(٣) في (أ): قد أحسنت.

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ٢٧٣/٢.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ٢٧٢/٢، وفيه: فأخبرته فقال: أنت بذاك يا سلمة، قلت: أنا بذاك يا رسول الله مرتين وأنا صابرٌ.

وروى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - في كفارة الظهار مثل ذلك [١].

واختلفوا في الإطعام، هل يجوز أن يصرف إلى أهل الذمة، فأجازه أبو حنيفة، ومنعه الشافعي، وهذا قول الهادي - عليه السلام -.

ووجه ذلك ما أجمعوا عليه من أن الزكاة لا يجوز وضعها في أهل الذمة، فكذلك الكفارات، والعلة أنها صدقة مفروضة، وكل صدقة مفروضة لا يجوز صرفها إلا في أهل الإسلام، وهو أولى؛ لأن فيه الاحتياط للمؤدي، وللفقراء، /١٧٤/ المسلمين.

وقوله في (الأحكام) [٢] بعد ذكر الكفارات الثلاث: «ثم تحل له امرأته بعد ذلك»، يدل على أنه يوجب تقديم الإطعام كما يوجب تقديم العتق والصيام، وهو قول أكثر الفقهاء.

وحكى ابن أبي هريرة في (التعليق) عن قوم أنهم ذهبوا إلى أنه يجوز الوطء قبل الإطعام؛ لأن الله تعالى لم يشترط في الإطعام أن يكون قبل المسيس كما اشترط في العتق والصيام، وهذا غير صحيح، وذلك أنه قد ثبت أن الكفارة إنما وجبت لرفع التحريم الواقع بالظهار، فالتحريم حاصل حتى تحصل الكفارة - إطعاماً كان أو غيره - على أنه لا خلاف في وجوب تقديم العتق والصيام على الوطء، فكذلك تقديم الإطعام، والعلة أنها كفارة الظهار فيجب تقديمها على الوطء.

فصل: فيمن لم يجد الرقبة

قال في (الأحكام)[٣]: «فإن لم يجد رقبة، صام شهرين متتابعين من قبل أن يدنو منها، أو يكون منه جماع». فدل ذلك على تحريم المباشرة والتلذذ بها قبل الكفارة، كما يرى تحريم الوطء؛ لأنه فصل بين المداناة والجماع، فبان أن التحريم تناول غير الجماع، وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الظهار.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٢٩.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٢٩.

قال أبو علي بن أبي هريرة: اختلف أصحاب الشافعي فيه، فمنهم من قال: إنه على قولين، ومنهم من قال: قول واحد في الاستحباب دون الإيجاب.

ووجه ما ذهبنا إليه: أن تحريم الظهار تحريم حصل بقول من الزوج يمكنه رفعه، فوجب أن يحرم به الوطء وتوابعه. دليله تحريم الطلاق الرجعي، وليس يجب أن يكون حاله حال التحريم المتعلق بالحيض، أو الصوم؛ لأنه لا يتعلق بقول من الزوج، يؤكد ذلك أنه لَمَّا شبهها بالأم، وجب أن يحرم عليه وطؤها، كما حرم عليه وطء الأم، فوجب قياساً على ذلك أن يحرم عليه التلذذ بها كما حرم عليه التلذذ بالأم، ويمكن تحرير العلة فيه بأن يقال: هو تلذذ لا يستباح إلاَّ بعقد النكاح، أو ملك اليمين.

مسألة: في صفة الرقبة المجزئة عن الكفارة

قال: ويجب أن تكون الرقبة التي يعتقها مؤمنة - بالغةً، أو غير بالغة - نحو أن يكون طفلاً، أو مجنوناً، ولا يجوز أن تكون كافرة، ولا بأس أن يكون مكفوفاً، أو أعرج، أو أشل، أو أخرس، والأفضل أن يكون سليماً بالغاً مسلماً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجه قولنا: إنه لا يجوز عتق الكافر: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِيْنَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ﴾ (التحريم /٩)، وهو أن الله تعالى مدح الذين اشتدوا عليهم، فقال سبحانه: ﴿أَشِدَاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ﴾ (الفتح /٢٩)، وقد علمنا أن التحرير خلاف الغلظة والشدة عليهم، فوجب ألاَّ يكون تحريرهم مأموراً به، فبان أن المأمور بتحريره من لا يكون كافراً، ويدل على ذلك: ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: إن عليَّ رقبة، أفأعتق هذه؟ فامتحنَها بالإيمان، فقال: «اعتقها فإنها مؤمنة»[2] فلما قال - صلى الله عليه وآله وسلم - : اعتقها فإنها مؤمنة ، دل ذلك على أن الإيمان سبب إجزاء العتق في البالغ العاقل، ويدل على ذلك

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٠ - ٤٣١، والأحكام ٢/١٧٧.

(٢) أخرجه مسلم ١/٣٨١، وابن حبان ١/٤١٣، والدارمي ٢/٢٤٤، وأبو داود ٣/٢٣٠، وأحمد ٤/٢٢٢، بعضهم بلفظ: من ربك؟ فقالت: الله، وبعضهم بلفظ: أين الله؟ فقالت في السماء.

أن الكفارات يجب أن تكون قربة، وثبت أن عتق الكافر لا قربة فيه، فوجب ألا يكون المعتق له مُكَفِّراً.

فإن قيل: و لم ادعيتم أن عتق الكافر لا قربة فيه؟

قيل له: لأنا قد علمنا من دين المسلمين أنه لا قربة في أن يُهدَى إلى من يقصد لقطع الطريق، أو محاربة الطائفة من المحقين المؤمنين، ما يستعان به على السفر من الظَهر، والزاد، وما جرى مجراهما، بل يذم من فعل ذلك، وكذلك لا قربة في أن يُهدى إلى قوم قد اجتمعوا على المعاقرة، والعزف، والإبقال، والفواكه، وآلات الشرب، وكذلك لا قربة في أن يهدى إلى الزواني اللواتي شغلن أنفسهن بالزنى، والطيب، والمصبغات، وآلات الزينة، والعلة في جميع ذلك أنه إحسان إلى من يغلب في الظن أنه يستعين به على الفسق، أو الكفر، فوجب ألا تكون في عتق الكافر الذي يغلب في الظن أنه يستعين بعتقه على الكفر.

فإن قيل: من أين غلب ذلك في الظن؟

قيل له: تقرير المسألة في عبد كافر يغلب في الظن أنه /١٧٥/ يستعين بعتقه إن حصل على كفره. فإذا ثبت ذلك، فلم يفصل أحد بينه وبين سائر العبيد الكفار.

ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن عتق الكافر لا يجزئ في كفارة القتل، فكذلك في سائر الكفارات، والعلة أنه عتق للكفارة، ويؤيد ما ذهبنا إليه أنه احتياط في أداء الواجب، وحسن نظر لأرقاء المسلمين، وتفرقة بين أصحاب النار وأصحاب الجنة، وفيه دعاء للأرقاء إلى الإسلام، وتنفير لهم عن الكفر.

فأما قولهم: إن هذا زيادة في النص فلا يجوز إثباته قياساً، فهو عندنا غير صحيح؛ لأنا نخالفهم في أصل ما ادعوه، وربما قالوا أيضاً: لا يجوز حمل المطلق على المقيد قياساً، وهذا عندنا أيضاً فاسد كالأول، فلا معنى له.

وإنما قلنا: إن عتق الطفل، والمجنون، وذي العاهة، يجزئ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾، واسم الرقبة يتناول الجميع، فوجب أن يجزي، وسائر ما منعنا به من

إجزاء عتق الكافر لا يمكن أن يقال في هذا الموضع، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «اعتقها فإنها مؤمنة»، يدل على أنه لم يراع فيها العاهات التي هي العمى والشلل ونحوهما، فدل ذلك على ما قلناه، على أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن الأعور يجزئ، وكذلك من قطعت يده ورجله من خلاف، فكذلك سائر ما ذكرناه، والعلة أن اسم الرقبة يتناوله، على أن الشافعي يوافقنا في الأخرس، والأصم، والأحمق، والضعيف[1] البطش، والأعور، وإن كان لا يجيز من قطعت يده أو رجله، فليس لأحد أن يعترض علينا بنقصان الثمن؛ لأن جميع ذلك يفسد اعتراضه، كذلك من منع من ذلك بفوات المنفعة، فإن الذي ذكرناه يعترضه.

فإن قال: راعى فوات أكثر المنفعة، كان كثيرها مقيساً على قليلها، ولا يمكن أن يرد ذلك إلى الأضحية، لأن الغرض بالأضحية نفع غير المضحي به، والغرض في العتق نفع المعتق، والمعتق على أي حالة كان فنفع العتق حاصل له، على أن ذا العاهة إلى رفع الرق عنه أحوج من الصحيح، فوجب ألاَّ يكون ذلك سبباً مانعاً من الإجزاء، على أنه لا خلاف أن يقع الإطعام في كفارة الظهار جائز صرفه إلى أولي العاهة من المسلمين، فكذلك يقع العتق، والمعنى أنهم من أهل الإسلام، وهذا يوجب إجازة عتق المكفوف، والأشلّ، وإذا ثبت ذلك، فلم يفصل أحد بينه وبين المجنون والطفل، ولم يحكم لهما بالإسلام.

وقلنا: إن الأفضل أن تكون الرقبة بالغاً مسلماً سليماً؛ لأنه لا خلاف فيه، ولأنه عتق يجزئ بالإجماع، فكان أولى، ولأن الإحسان إلى من يكون مسلماً على الحقيقة أفضل من الإحسان إلى غيره.

مسألة: في الظهار بغير الأم

قال: وإن ظاهر بغير الأم، لم يكن ظهاراً، وكذلك لا يكون مظاهراً إن ظاهر من أمه من الرضاعة (وغيرها من ذوي محارمه، لم يكن مظاهراً، وهو أحد قولي الشافعي، وقوله الأخير يصح بكل ذات محرم من نسب أو رضاع، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه،

---

(١) في (أ): ضعيف البطش.

والثوري، والأوزاعي والحسن بن صخر، وعن مالك يصح الظهار بالمحرم والأجنبية، وبه قال عثمان البتي)[١].

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٢].

والأصل فيما ذهبنا إليه: براءة الذمة، وأن وطء المرأة مباح، فلا يحظر إلا بدلالة، وأنه لا سبيل إلى إثبات الكفارة إلا بدلالة شرعية ومما يدل على ذلك أيضاً قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ[٣]﴾ (المجادلة /٢)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللاَّئِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ (الأحزاب /٤).

وجه الاستدلال من الآيتين: أن قوله تعالى: ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِن نِسَائِهِم مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ (المجادلة /٢)، تقديره: الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم، وكذلك قوله عز وجل: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللاَّئِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ﴾، ألا ترى أن قائلاً لو قال: اقطع السارق، فما كان له أن يهتك الحرز، جرى مجرى قوله: اقطع السارق من حرز، وكذلك لو قال: اقتل الراجع عن دينه، فما كان له أن يرجع عن دين الإسلام، جرى مجرى قوله: اقتل الراجع عن دين الإسلام، حتى يكون السكوت عن ذكر الحرز في القطع وذكر الإسلام في القتل، كالنطق به؛ لما /١٧٦/ يعقبهما من ذكر الحرز والإسلام، وكذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ﴾، السكوت عن ذكر الأمهات فيه كالنطق به؛ لما يعقبه من ذكر الأمهات، وكذلك في قوله: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللاَّئِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ﴾، وقد دل سبحانه وتعالى بقوله: ﴿إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ﴾ أن الأمهات التي يتعلق الظهار بذكرهن هن الوالدات دون غيرهن، فإذا ثبت ذلك، جرى قوله: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ﴾، مجرى أن يقول: والذين يظاهرون من نسائهم بأمهاتهم اللائي ولدنهم، فوجب أن يكون حكم الظهار مقصوراً عليهن دون من سواهن على ما بيناه.

---

(١) ما بين القوسين من (أ).
(٢) انظر: الأحكام ٤٣٣/١. المنتخب ١٥٨ - ١٥٩.
(٣) في (أ): إلى قوله: {إلا اللائي ولدنهم}.

ومما يدل على ذلك أن المظاهر قد صار من طريق العرف في اللغة اسماً لمن يقول لزوجته: أنت عليَّ كظهر أمي، دون من سواها؛ لأن العرب لم تكن تعرف الظهار إلا بالأم، وإذا كان للفظ عُرْف، ثم ورد به خطاب الله تعالى، وخطاب رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - وجب أن يحمل على ما يقتضيه العرف، وإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِسَائِهِمْ﴾، بمنـــزلة أن يقول: يظاهرون من نسائهم بأمهاتهم؛ لاقتضاء العرف له، ألا ترى أن الزنى وإن كان في أصل اللغة اسماً للصعود في الجبل، فقد صار من طريق العرف اسماً للوطء المخصوص؟ فمتى ورد لله تعالى ولرسوله خطاب، وجب أن يحمل عليه.

فإن قيل: فإن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لما قالت له خولة بنت مالك: إن زوجي أوساً ظاهر مني، لم يقل لها:ظاهر بالأم، أم بغير الأم؟ بل أوجب الكفارة فيه، فدل ذلك على أن الكفارة تعلق بالظهار، سواء كان الظهار بالأم أو بغيرها.

قيل له: قد بينا أن عرف اللغة قد اقتضى في الظاهر أنه اسم للظهار بالأم، وأن ذلك كان معروفاً في العرف، فحمله - صلى الله عليه وآله وسلم - حين سمعه على ما يقتضيه عرف اللغة؛ إذ هو المفهوم بظاهر اللفظ، فعلَّقَ الحكم عليه، و لم يستثبت ما سألت عنه؛ إذ كان ظاهر اللفظ لا يقتضيه على ما بيناه، على أن الآية نزلت في حكمه، حين[1] شكت خولة أمرها إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - على ما وردت به الآثار، وفي الآية ما يدل على أنه كان مظاهراً بالأم على ما أوضحنا القول فيه.

ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف في أن من ظاهر بالأب لا يكون مظاهراً، فكذلك من ظاهر بامرأة أجنبية، فوجب ألا يكون مظاهراً إذا ظاهر باللواتي اختلفنا فيهن، والعلة أنه ظاهر بغير الأم، يبين ذلك أنه لو ظاهر منها بغير الظهر، نحو أن يظاهر ببطنها، أو بفرجها، كان مظاهراً بالإجماع، وكذلك إن ظاهر بأي بعض من أبعاضها، كان مظاهراً عندنا وعند الشافعي، فدل ذلك على أن الحكم تعلق بالظهار بالأم.

---

(١) في النسخ : وحين .

يؤكد ذلك ويوضحه أن الظهار المعروف كان بالأم، وهو الذي كانت الجاهلية تعده طلاقاً، ثم ورد النسخ به، وعلق عليه حكم الكفارة، فوجب أن يكون حكم الكفارة مقصوراً عليه.

فإن قيل: إذا كان عندكم أن الرجل يكون مظاهراً به إذا قاله ونوى به الظهار، فما الفرق بين الظهار والطلاق؟

قيل له: الفرق بين الظهار والطلاق أن الطلاق يحصل بكل تحريم ينوي به الطلاق، وليس كذلك الظهار، ألا ترى أنه لا يقع الظهار بالأجنبية، وبالأم من الرضاعة، وأحد قولي الشافعي أنه لا يقع بذات رحم محرم لم يكن حرمتها متأبدة، فلم يجب أن يكون حكم الطلاق في هذا الباب حكم الظهار.

مسألة: في عدم الفرق بين ظهار الأحرار والمماليك

قال: وسواء كان المظاهر حراً، أو عبداً، إلا أنه إن[1] كان عبداً، لم يجزه في كفارته إلا الصيام، وكذلك لا فصل بين أن تكون الزوجة التي ظاهر منها حرة، أو أمة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]، وهو مما لا أحفظ فيه خلافاً.

والأصل فيه: ما قد ثبت من أن الخطاب الوارد عن الله تعالى وعن رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - يكون خطاباً للأحرار والمماليك، فوجب أن يكون قوله تعالى: /١٧٧/ ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾(المجادلة /٣) متناولاً للأحرار والمماليك.

وقلنا: إنه لا يجزئ العبد في كفارته إلا الصيام؛ لأنه قد ثبت عندنا أنه ممن لا يَملك، فهو إذاً لم يجد الرقبة[3]، وقد قال تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ (المجادلة /٣)، فأوجب الصيام على المظاهر إذا لم يجد الرقبة، والعبد لا يجد

---

(١) في (أ): إذا.

(٢) انظر: الأحكام ٤٦٢/١، والأحكام ١٨١/٢.

(٣) في (ب): والعبد لا يجد الرقبة.

الرقبة، وكذلك لا يجزئه الإطعام؛ لأنه غير واجد له، فوجب ألا يجزئه إلا الصيام.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إنه يجوز لسيده، أو لغيره، أن يتصدق عنه، كما يجوز التصدق عن الفقير بأمره؟

قيل له: لأن الفقير ممن يجوز أن يَملك، فيجوز أن يكون مخاطَباً بالصدقة، وجازت فيها النيابة، والعبد ممن لا يجوز أن يملك، فلم يصح أن يكون ممن يخاطَب بالصدقة.

وقلنا: إنه لا فرق بين أن تكون الزوجة التي ظاهر منها حرة أو أمة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ (المجادلة /٣)، يريد الزوجات، فلم يخص حرة من أمة، ولأن الأمة كالحرة إذا كانت زوجة في أن طلاقها يصح، فوجب أن يصح الظهار منها، والعلة أنها زوجة، ويكشف[1] ذلك ويوضحه أن تحريمها من جهة القول يمكن، كما يمكن تحريم الحرة.

مسألة: في ظهار الرجل من أم ولده أو مملوكته

قال: ولو ظاهر الرجل من أم ولده، أو مملوكته، لم يكن ذلك ظهاراً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2] وبه قال زيد بن علي عليهما السلام، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وروي عن مالك: أنه يكون مظاهراً.

والدليل على ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ (المجادلة /٣)، وإذا قيل: نساء الرجل، وامرأة الرجل، كان ذلك محمولاً على الزوجات عرفاً، فوجب أن يحمل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ (البقرة /١٨٧)، فدخل فيهن الزوجات، والإماء.

قيل له: ظاهر الآية في الزوجات، والإماء يدخلن فيهن بالدلالة، ويدل على ذلك

---

(١) في (أ): يكشف.

(٢) انظر: الأحكام ٤٦٢/١.

أيضاً أنها ليست بزوجة يلحقها الطلاق، فوجب ألا يلحقها الظهار. دليله الأجنبية، أو يقال: لا يلحقها الطلاق، فوجب ألا يلحقها الظهار. دليله زوجة الصبي، أو المختلعة، والمطلقة ثلاثاً؛ يوضح ذلك أن الظهار كان طلاق الجاهلية، فنسخ ذلك بتحريم يرفعه الكفارة، فمن لم يصح فيها الطلاق، لم يصح فيها الظهار.

ويدل على ذلك أيضاً أن تحريم ملك اليمين لا يصح من جهة القول؛ لأنه إذا قال: أنت عليَّ حرام، لم يؤثر فيها، فوجب ألا يلحقها تحريم الظهار، دليله الثوب والطعام، يبين[١] ذلك ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه حرم على نفسه مارية القبطية، فأنزل الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ﴾ (التحريم/ ١)، و لم يجعل لذلك التحريم حكماً[٢].

مسألة: في الحلف بالظهار

قال: وإذا حلف الرجل بالظهار كاذباً، أو حنث فيه، وقع الظهار كما يقع الطلاق.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣].

ووجهه: أن الظهار يصح تعليقه بالوقت؛ بدلالة حديث سلمة بن صخر أنه كان ظاهر من امرأته حتى ينسلخ شهر رمضان، ثم جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأخبره الخبر إلى آخر الحديث، فلما لم يقل له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إن تعليقه بالوقت لا يصح، كان مقاراً له على ما أخبره به من تعليقه بالوقت؛ وإذا ثبت ذلك، صح تعليقه بالوقت، ووجب أن يصح تعليقه بالشرط، كالطلاق، والعتاق، والأيمان؛ لأن ما جاز تعليقه بالوقت، جاز تعليقه بالشرط، وما لم يجز تعليقه بالوقت، لم يجز تعليقه بالشرط، كالنكاح، والبيع؛ لأن الوقت جارٍ مجرى الشرط، وليس يلزم عليه الإجارة؛ لأنها يجب تعليقها بالوقت، ولا يجوز إلا كذلك، ومرادنا بالصحة هو أنه يجوز أن يُعلَّق بالوقت، وألا يعلق. فإذا صح ما بيناه من

---

(١) في (أ): ويبين.

(٢) أخرجه الهيثمي في المجمع ٩/٥، والدارقطني في السنن ٤١/٤، والطبراني في الأوسط ٣٢٥/٨.

(٣) انظر: الأحكام ٤٦٢/١.

دخول الشرط في الظهار، وجب أن يقع به الحنث كما يقع به الطلاق، والعتاق، والأيمان؛ لأن معنى وقوع الحنث في الطلاق والعتاق ليس أكثر من حصول الشرط الذي عُلِّقا عليه، فكذلك الظهار.

مسألة: في الظهار قبل النكاح

قال: ولو أن رجلاً قال: إن تزوجت امرأة - يعينها، أو لا يعينها - فهي عليَّ كظهر أمي، ثم تزوج بها، لم يقع الظهار؛ إذ لا ظهار قبل النكاح.

وهذا منصوص عليه في /١٧٨/ (الأحكام) [١] وبه قال الشافعي، قال أبو حنيفة: يكون مظاهراً إذا تزوج بها.

ووجه ذلك: ما قدمناه في منع الطلاق قبل النكاح، يكشف ذلك ما أجمعنا عليه نحن وأبو حنيفة من أنه لا ظهار للمشرك، لَمَّا لم يوقع قوله تحريماً ترفعه الكفارة، فوجب ألا يكون قول الرجل للأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي إن تزوجتك، ظهاراً، لأنه قول لا يليه تحريم ترفعه الكفارة، على أنه إذا ثبت بالظواهر التي ذكرناها أنه لا طلاق قبل النكاح، فلم يفصل أحد بينه وبين الظهار، فوجب ألا يكون ظهاراً قبل النكاح.

مسألة: في الظهار من أكثر من زوجة

قال: ولو أن رجلاً عنده نساء فظاهر منهن، كفَّر لكل واحدة منهن كفارة، فإن لم يطق العتق عن كلهن، أعتق[٢] عن بعضهن، وصام عن بعضهن[٣]، فإن لم يطق الصيام عن كلهن، صام عن بعضهن، وأطعم عن بعضهن[٤].

وجميعه منصوص عليه في (الأحكام) [٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٤٦٣/١.
(٢) في (أ): أعتق عن بعض.
(٣) في (أ): بعض.
(٤) في (أ): بعض.
(٥) انظر: الأحكام ٤٦٣/١.

أما ما ذكرناه من أنه إذا ظاهر منهن، كفر لكل واحدة منهن كفارة، فهو قول زيد بن علي عليهما السلام، وبه قال أبو حنيفة، وقول الشافعي إن كان ظاهر من كل واحدة منهن ظهاراً مفرداً، فأما إن كان ظاهر من كلٍ منهن بكلمة واحدة، فذكر ابن أبي هريرة عنه قولين - أحدهما: أن كفارة واحدة تجزئ، والآخر: أن عليه لكل واحدة منهن كفارة.

والأصل فيما ذهبنا إليه: أن الظهار يوجب تحريم الوطء، فإذا ظاهر منهن، فقد حرم وطء كل واحدة منهن، (وذلك التحريم لا يرتفع إلا بالكفارة، فوجب ألا يحل له وطء واحدة منهن)[1] حتى يكفر لها كفارة توجب رفع التحريم؛ ألا ترى أنه إذا طلق عدة من نسائه، لم يرتفع التحريم الواقع إلا بأن يراجع كل واحدة منهن؟ فكذلك التحريم الواقع بالظهار؛ لأن لكل واحدة منهن تحريماً لا يعم، كالتحريم الذي يحصل بإحرام الرجل وصيامه، على أن الأصول تشهد لذلك؛ لأن كل امرأة حرم وطؤها لأمر يختصها، لا يرتفع ذلك التحريم إلا بأمر يختصها، على أن الشافعي لا يخالف فيمن ظاهر من كل واحدة منهن ظهاراً منفرداً أن عليه لكل واحدة منهن كفارة منفردة، فكذلك إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة، والمعنى أنه مظاهر منهن.

وقلنا: إنه إن لم يطق العتق عن كلهن، أعتق عن بعضهن، وصام عن بعضهن، وكذلك الإطعام؛ لأن الله تعالى أوجب التكفير بالعتق، وأجاز العدول عنه لمن لم يجد إلى الصيام سبيلاً، وأجاز العدول عن الصيام لمن لم يستطع إلى الإطعام سبيلاً، وإذا[2] أعتق عن واحدة، و لم يجد رقبة أخرى، جاز له العدول إلى الصيام، كما لو لم يجد الرقبة الأولى، كان له العدول إلى الصيام، وكذلك إذا صام عن واحدة، ثم لم يستطع، جاز له العدول إلى الإطعام.

مسألة: في تكرار الظهار

قال: ولو أن رجلاً ظاهر من امرأته مرات كثيرة، أجزته عن جميعها كفارة واحدة،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٢) في (أ): فإذا.

إن لم يكن كفَّر بينهن، فإن كان ظاهر، ثم كفر، ثم ظاهر، وجب عليه كفارة بعد كفارة عن كل ظهار، قل عدده، أو كثر.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1]، قال أبو حنيفة: عليه لكل ظهار كفارة، إلا أن يكون نوى بالثاني الأول، وهذا هو القول الجديد للشافعي، وقوله القديم مثل قولنا، وقال زيد بن علي عليهما السلام: إن كان قال ذلك في مجلس واحد، ففيه كفارة، وإن قاله في مجالس شتى، فلكل ما قاله في مجلس كفارة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه لا خلاف في أنه لا فصل بين أن يقول الرجل لزوجته أنت طالق، وبين أن يقول أنت طالق، أنت طالق، في أن الرجعة الواحدة تكفي لرفع ما حصل من التحريم، فوجب ألا يكون فصل بين قوله أنت عليَّ كظهر أمي، وبين أن يقع ذلك مكرراً، في أن الكفارة الواحدة تكفي في رفع ما وقع من التحريم، والعلة أنه لفظ له مدخل في تحريم الوطء، فوجب أن يكون تكريره لا يوجب تكرير ما يرفع التحريم، ويدل على ذلك أيضاً أنهم لا يختلفون في أن من كرر الظهار، وأراد بالثاني /١٧٩/ والثالث الأولَ، فليس عليه إلا كفارة واحدة، فكذلك إن نوى ظهاراً بعد ظهار، والمعنى أنه كرر لفظ الظهار من غير أن كان كفر ما تقدم، فوجب أن تجزئه كفارة واحدة؛ يؤكد ما ذكرناه أنا وجدنا في الأصول كل لفظة ترفع حكماً، فلا تأثير لتكريرها ما لم يكن ارتفع حكم اللفظة الأولى، كلفظ البيع، والهبة، والوقف، والإجارة، والنكاح، والطلاق، والعتاق؛ فإذا ثبت ذلك، وجب ألا يكون لتكرير الظهار من بقاء حكم اللفظ الأول منه تأثير، وإذا لم يكن له تأثير، لم يجب له الكفارة؛ لأنه يكون كظهار الصبي والمجنون والمشرك؛ ويشهد لقياسنا أيضاً الإحداث، ألا ترى أن الحدث لما منع من الصلاة إلا بعد التطهر، كان الحدث الواحد كالأحداث الكثيرة في أن الطهارة الواحدة ترفع أحكامها؟ وكذلك الاجتناب لما كان مانعاً من الصلاة إلا بعد الاغتسال، كان لا فصل بين أن يحصل مرة أو مرات، وكذلك حصول الحيض، والجنابة، على أن قياسنا ينقل حكمها بالكفارة الواحدة عما كانت عليه من

---

(١) انظر: الأحكام ٤٦٣/١ - ٤٦٤.

تحريم وطئها، فكان أولى، على أن قياسنا يستند إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ (المجادلة/ ٣)، لأنه يوجب كفارة واحدة، ولم يستثن من كرر القول ممن أفرده، وكذلك النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - حين أمر أوس بن الصامت، وسلمة بن صخر، بالكفارة، لم يأمر إلا بكفارة واحدة من غير أن يستعلم منهما التكرار للظهار أم لا، فكل ذلك يوضح صحة ما ذهبنا إليه.

فأما إذا ظاهر منها، ثم كفر، ثم ظاهر، فلا خلاف أن عليه كفارة أخرى؛ ولأنه لما كفَّر، ارتفع التحريم الأول، فأوجب القول الثاني تحريماً ثانياً لا يرتفع إلا بالكفارة؛ وكذلك إن تكرر؛ ألا ترى أنه إذا طلق، ثم راجع، ثم طلق، لم يرتفع حكم الطلاق الثاني إلا برجعة ثانية؟ وكذلك من باع شيئاً، ثم ملكه، ثم باعه ثانياً، افتقر إلى ما يعيده في ملكه ثانياً، وعلى هذا سائر الأصول.

مسألة: في عتق المدبَّر في الكفارة

قال: ولا بأس أن يعتق الرجل مدبره في كفارة الظهار.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1].

ووجهه: أن المدبر عبدٌ عَقْد رقه باقٍ كما كان، وإن منعنا بيعه على بعض الوجوه، ألا ترى أنا نجيز بيعه في الدَين، ولغيره من الضرورات؟ فإذا كان ذلك كذلك، جرى عتقه مجرى عتق سائر الأرقاء في أنه يجب أن يكون مجزئاً في الكفارة.

مسألة: في ظهار غير المسلم

قال: ولو أن كافراً ظاهر من امرأته، لم تلزمه الكفارة، تخريجاً، وهذا مما دل كلامه عليه في (الأحكام)، وهكذا خرجه أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في (النصوص)، وبه قال أبو حنيفة، قال الشافعي: يصح ظهاره.

ووجهه: ما ذهبنا إليه أن الكفارة لا تصح من المشرك؛ لأن من شرط أدائها

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٧٧.

الإيمان، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون قوله لزوجته أنت عليَّ كظهر أمي لا يوجب تحريماً ترفعه الكفارة، فوجب ألا يكون ذلك ظهاراً، ولا تلزمه الكفارة. دليله لو قال لأجنبية، أو لأمته.

ألا ترى أن ذلك لما لم يوقع تحريماً ترفعه الكفارة، لم يكن ظهاراً، وإذا قاله المسلم لزوجته، ووقع به تحريم ترفعه الكفارة، كان ظهاراً، على أن الأصل ألاَّ ظهار، وأن الكفارة غير واجبة، وأن الوطء غير محرم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ (المجادلة/٣)، فجعل الخطاب لنا دون المشركين، على أن قوله بعد ذلك: ﴿مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾، قد علمنا أن المشرك والمسلم فيه سواء، فلم يبق لتخصيصنا بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ﴾ فائدة، إلا تخصيصنا بحكمه.

باب القول في الإيلاء

مسألة: في كيفية الإيلاء ومدته

إذا آلى الرجل من امرأته - وهو أن يحلف بالله تعالى ألا يجامعها أربعة أشهر فما فوقها - تُرك أربعة أشهر، ثم وقفه الإمام، وقال له: فيء إلى زوجتك، وكفِّر يمينك، أو طلقها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)(١).

لا خلاف أنه إذا حلف ألا يجامعها أكثر من أربعة أشهر، يكون /١٨٠/ مولياً، وإذا حلف ألا يجامع امرأته أقل من أربعة أشهر، لا يكون مولياً، إلا ما حكي عن قوم من المتقدمين أنهم جعلوا الإيلاء صحيحاً وإن كان بدون أربعة أشهر.

وإنما الخلاف الآن إذا حلف على أربعة أشهر فقط، فإن أبا حنيفة يجعله مولياً، والشافعي يخالف فيه، وكذلك مالك.

والذي يدل على أنه مولٍ: قوله تعالى: ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ..الآية﴾ (البقرة/ ٢٢٦)، فجعل سبحانه هذه الأحكام جارية على كل مول من امرأته من غير اشتراط المدة، فوجب أن يكون كل حالف داخلاً فيه، قلَّت مدة حلفه، أم كثرت، إلا ما منعه الدليل، لأن الأَلِيَّة في اللغة هي: الحلف، فكل حالف مول، فلما ثبت أن من حلف ألا يجامعها أقل من أربعة أشهر ليس بمول حكماً، خصصناه للدلالة، وبقي الباقي على حكم العموم.

فإن قيل: الإيلاء وإن كان في اللغة على ما ذكرتم، فإن الشرع قد أكسبه حكماً وصفة لم تكن في اللغة، فمن أين لكم أن الحالف على دون أربعة أشهر يكون مولياً حتى يصح ما ادعيتم من تناول الظاهر له؟

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٣.

قيل له: الشرع وإن جعل له حكماً زائداً، فلم يمنع أن يكون اسماً لكل حلف، فالواجب على هذا أن يعتبر ما يقتضيه الشرع، والشرع لم يقصره على مدة دون مدة، وإنما دل الإجماع على أن أحكام الإيلاء لا تتوجه على من آلى بدون أربعة أشهر، فيجب أن نقول به، ونقول فيما زاد على ذلك بما اقتضاه العموم، وليس لمخالفنا أن يقيس أربعة أشهر على ما دونها إلا ولنا أن نقيسها على ما فوقها، ثم يكون قياسنا أولى؛ لاستناده إلى الظاهر؛ لأنه يفيد شرعاً، وينقل.

فإن قيل: فأنتم تقولون بالوقف في الإيلاء، ولا وقف إلا بعد مضي أربعة أشهر، ولا وجه للوقف مع انقضاء مدة اليمين.

قيل له: لسنا نسلم أنه لا وقف إلا بعد انقضاء مدة اليمين، بل هو واجب متى دل الشرع عليه؛ ألا ترى أنه قد يطالب بالفيء وإن لم يقتضِ الفيء حنثاً، وذلك إذا كان المولي ممنوعاً من الوطء لمرض أو نحوه، فإنه يفيء بلسانه، ومع هذا لا يحصل حانثاً، فبان أن حكم الوقف لا يتعلق باليمين، وإذا جاز ذلك، لم يمتنع أن يوقف بعد مضي مدة اليمين حتى يفيء، أو يطلق، وإن كان فيؤه لا يقتضي حنثاً.

وهذا الذي ذهبنا إليه هو قول علي - عليه السلام - رواه زيد بن علي، عن أبيه عن جده، عن علي - عليهم السلام -. قال: «الإيلاء: القسم، وهو الحلف، فإذا حلف الرجل ألا يقرب امرأته أربعة أشهر أو أكثر من ذلك، فهو مول، وإذا كان دون أربعة أشهر، فليس بمول»[1]. وروي نحوه عن ابن عباس[2].

مسألة: في وقف المولي بعد مضي أربعة أشهر

والوقف: ما ذهبنا إليه من أن الإمام يقفه بعد مضي أربعة أشهر حتى يفيء، أو يطلق، وهو المحفوظ عن علماء أهل البيت - عليهم السلام - وبه قال مالك، والشافعي، وهو قول أمير المؤمنين - عليه السلام - رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن

(١) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الإيلاء.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ١٣٠/٤.

جده، عن علي – عليهم السلام – أنه قال: كان يوقف المولي بعد مضي أربعة أشهر فيقول: إما أن يفيء، وإما أن يطلق[١].

قال أبو حنيفة: يقع الطلاق بمضي المدة، وروي ذلك عن ابن مسعود.

والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ..الآية﴾ (البقرة/ ٢٢٦).

ووجه الاستدلال منه هو: أنه تعالى جعل لهم الفيء على الإطلاق، و لم يشترط لذلك قبل المدة ولا بعدها، فكان بعد المدة وقتاً له، كما أنه قبل المدة وقت له، بدلالة أنه يجوز أن يؤكد له ما قبل المدة، كما يجوز أن يؤكد ما بعدها، ويجوز أن يستثني ما بعد المدة، كما يجوز أن يستثني ما قبلها، فلما ثبت أن بعد المدة يمتُّ إلى الفيء كما يمت قبل المدة، علُم أن الجميع وقت له، فإذا ثبت ذلك، ثبت أن الطلاق لا يقع بانقضاء المدة؛ إذ وقوع الطلاق يمنع الفيء، فثبت بذلك ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: فلو صح الفيء بعد المدة كما يصح قبلها، لم يكن لضرب المدة معنى.

قيل له: يكون له معنى صحيح، وفائدة ظاهرة[٢]، وذلك أن الفيء قبل المدة جائز غير واجب على الزوج، ولا يجوز أن يطالَب به، وبعد المدة يصير خارجاً عن الجواز إلى الوجوب، وتتوجه المطالبة به على الزوج، وهذا مثل أن يشتري الرجل /١٨١/ شيئاً مؤجلاً إلى شهر، ألا ترى أن توفية الثمن في الشهر وبعد الشهر صحيحة، إلا أنها قبل انقضاء الشهر تكون جائزة، وبانقضاء الشهر تكون خارجة عن الجواز إلى الوجوب، ويصح المطالبة به، فيكون ذلك فائدة ضرب الأجل، فكذلك القول في فائدة ضرب مدة الإيلاء.

فإن قيل: فإن الله تعالى جعل للمولي تربص أربعة أشهر، وأنتم إذا جعلتم له الفيء بعد المدة، فقد زدتم في المدة التي ضربها الله تعالى وحدَّها.

---

(١) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الإيلاء. ورواه أيضاً البيهقي ٣٧٧/٧، ومالك ٢٥٦/٢، ومحمد بن منصور ١٤٩/٣.

(٢) في (أ): صحيحة.

قيل له: لسنا نزيد في هذه المدة؛ لأن المدة مضروبة لامتناع توجه المطالبة بالفيء عليه، لا لوقوع الفيء، فنحن إذا قلنا: إن المطالبة تصح بعد المدة، لا يكون زيادة في المدة، ألا ترى أن من لزمه أداء المال بعد شهر إذا قلنا إن التوفية تكون بعد انقضاء الشهر، لا تكون زيادة في مدة الأجل، فكذلك لا نكون زدنا في مدة الإيلاء إذا جوزنا الفيئة بعد المدة، على أن المخالف يقول: إن أجل العِنّين حول، وتخير المرأة بعد الحول، وليس يقول: إن ذلك زيادة في المدة، فكذلك ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، بعد قوله سبحانه: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (البقرة /٢٢٦)، يدل على أن الفيء يجب أن يكون بعد الإيلاء؛ لأن الفاء توجب التعقيب.

قيل له: لا فصل بينك وبين من يقول[1]: إنه يجب أن يكون بعد مضيِّ مدة تربص؛ لأن الفاء توجب التعقيب، ألا ترى أنه قال تعالى: ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، بعد قوله: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾؟

فإن قيل: قد ثبت أن الفيء مرادٌ قبل مضي المدة.

قيل له: وما في ذلك ما يمنع كونه مراداً بعدها؟ على أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ (البقرة /٢٢٧) يدل ظاهره على أن هناك مسموعاً يتعلق به الحكم، وهذا يدل على أنه لا بد من الطلاق إن لم يكن فيء.

فإن قيل: إن هذا لا يجب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (البقرة /٢٤٤)، وليس هناك مسموع يتعلق به الحكم.

قيل له: نحن قلنا: إن الظاهر يقتضي ما قلناه، ولم نقل: إن خلافه يستحيل، ألا ترى أن قول من يقول: أما علمت أن فلاناً يسمع، يدل على أن هناك مسموعاً، وقوله: أما علمت أن فلاناً يرى، يدل على أن هناك مرئياً، على أن الله تعالى قال: ﴿إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾ (الأنفال /٤٥)، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ

---

(١) في (أ): قال.

رِيحُكُمْ﴾ (الأنفال /٤٦)، فقد صح أن عند القتال مسموعاً يتعلق به الأمر، ومسموعاً يتعلق به النهي، فيسقط ما سألوا عنه؟

ومما يدل على ذلك: ما أجمعنا عليه من أن من آلى من امرأته دون أربعة أشهر، لا يقع عليها الطلاق بالإيلاء، وانقضاء المدة، فكذلك من الأربعة الأشهر، والعلة أنه مُولٍ، وكل مولٍ لا يقع طلاقه بالإيلاء، وانقضاء المدة، وليس لهم أن يمتنعوا من إجراء سمة المولي على مَن آلى دون أربعة أشهر؛ لأنا أردنا المولي من طريق اللغة، ولا إشكال أن الألية في اللغة اسم للحلف، وأن كل حالف مولٍ في اللغة، على أنا لو عدلنا عن اسم المولي إلى اللغة، لاتَّسقَ الكلام، وزال الشغب، وأيضاً لما ثبت أن الإيلاء لا يقع به طلاق معجل، لم يجز أن يقع به طلاق مؤجل، قياساً على سائر الأيمان، وعلى سائر ما ليس بصريح في الطلاق، ولا كناية، على أن الطلاق لو وقع، لم يكن الموجب لإيقاعه إلا اليمين نفسها، أو انقضاء المدة المحلوف عليها، أو انقضاء أربعة أشهر، ولا يجوز أن يكون الموجب لإيقاعه هو اليمين؛ لأن اليمين لا مدخل لها في إيقاع الطلاق، ولأنها لو كانت توقع الطلاق، لوجب أن تطلق المرأة في الحال إذا قال لها: والله لا أجامعك، من غير ذكر المدة، ولا يجوز أن يكون لانقضاء المدة المحلوف عليها؛ لأن ذلك لو وجب، لوجب أن يقع الطلاق بانقضاء ثلاثة أشهر إذا حلف عليها، وبانقضاء سنة إذا حلف عليها، ولأن مرور الزمان لا يوقع الطلاق، فكذلك لا يوجب ذلك انقضاء أربعة أشهر، كما لا /١٨٢/ يوجبه انقضاء ما زاد عليها، أو نقص منها، وإذا ثبت ذلك، ثبت أن الطلاق لا يقع ما لم يوقعه المالك للبضع.

فإن قيل: إن مرور الزمان قد يوقع البينونة، ألا ترى أن من طلق امرأته تطليقة واحدة رجعية تَبِينُ الزوجة منه بانقضاء زمان العدة، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل زمان الإيلاء؟

قيل له: عندنا أن الموقع للبينونة هو الطلاق، وإن وقعت بشرط انقضاء زمان العدة، وقد بينا أن ذلك لا يصح أن يقال في اليمين، فلا يصح أن يقال: إن مرور الزمان شرط فيه، على أن ما كان إجماعاً لأهل البيت - عليهم السلام - أو قولاً

لأمير المؤمنين - عليه السلام - فلا يجوز عندنا خلافه، على أن الأصل أن النكاح ثابت، فلا يرتفع إلاَّ بالدليل، فوضح بجميع ذلك ما ذهبنا إليه.

مسألة: في امتناع المولي عن الفيء أو الطلاق

قال: فإن أبى[١]، حبسه الإمام، وضيَّق عليه حتى يفيء، أو يطلق.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٢]. وبه قال الشافعي في أحد قوليه، وله قول آخر، وهو أن الإمام يضيق عليه إن أبى.

ووجهه: ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه كان يقف المولي بعد أربعة أشهر فيقول: إما أن يفيء، وإما أن يطلق[٣].

وفي حديث ابن ضميرة[٤]، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته، لم يقع عليها طلاق وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف، فإما أن يطلق، وإما أن يفيء.

وأيضاً لا خلاف أن الإمام لا يُطَلِّق على غير المولي، فكذلك لا يطلق على المولي، والمعنى أنه تفريق بطلاق، وكل تفريق بطلاق لا يلزم أحداً كرهاً، على أنا وجدنا الأصول شاهدة لذلك، وهو أن الحاكم قد يزوج الصغير ولا يُطلِّق عليه، والسيد يزوج عبده عند كثير من العلماء ولا يُطلِّق عليه، على أن الله تعالى جعل الخيار للزوج بقوله: ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (البقرة /٢٢٦)، فلو جعلنا للإمام أن يطلق عليه، كنا قد أوجبنا قطع خياره، وذلك خلاف الآية، على أنه لا خلاف أنه ليس للإمام أن يفيء عنه قولاً، فكذلك ليس له أن يطلق عنه، والعلة أن كل واحد منهما حق على الزوج اقتضاه الإيلاء، فلم يجز أن يتولاه الإمام بغير إذنه، وليس لهم أن يقولوا إن الفيء لا يتأتى منه؛ لأن الفيء بالقول يتأتَّى منه، ولا خلاف أيضاً أن من

---

(١) في (أ): فإن امتنع ورأى حبسه الإمامُ، حبَسه حتى يفيء.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٣٣ - ٤٣٤.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الإيلاء.

(٤) في (ب): ابن أبي ضميرة.

ضار امرأته بترك الإنفاق عليها أن الإمام لا يطلّق عليه، فكذلك المولي، والعلة أن له العدول عن الطلاق إلى غيره.

مسألة: متى يقف الإمام المولي؟

قال: ولا يقفه الإمام قبل مضي أربعة أشهر، وإن مضت أربعة أشهر، ومضى بعدها زمان طويل لم يُرفع إلى الإمام، وقفه الإمام متى رفع إليه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١]، ولا خلاف في ذلك بين الذين قالوا بالوقف.

والأصل فيما قلناه من أنه لا يوقف قبل مضي أربعة أشهر: قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (البقرة /٢٢٦)، فلو وقفناه قبل مضي هذه المدة، كنا قد حرمناه ما جعلت الآية له من تربص أربعة أشهر.

ووجه ما ذكرناه من أنه إذا لم يُرفع إلى الإمام بعد مضي أربعة أشهر، وقفه متى رفع إليه: أنه حق ثبت للمرأة بعد انقضاء هذه المدة، فلها المطالبة به متى شاءت، كسائر حقوقها؛ وسبيل ما ذكرناه أن يكون للرجل حق على آخر مؤجل إلى شهر، ألا ترى أنه لا يجوز لصاحب الحق المطالبة له قبل مضي الشهر، وله /١٨٣/ المطالبة بعد مضي مدة الأجل أي وقت شاء، وأنه متى رفع إلى الإمام، طالبه به؟ وروى أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في (النصوص) بإسناده عن علي - عليهم السلام - أنه وقف رجلاً آلى من امرأته بعد سنة[٢].

مسألة: في معنى الفيء

قال: والفيء هو: أن يجامع، أو يقول بلسانه: قد فئت ورجعت عن يميني، إن لم يستطع الجماع لمرض، أو سفر. وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣] ومروي عن القاسم - عليه السلام - وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وذلك لقول الله تعالى: ﴿فَإِن

---

(١) انظر: الأحكام ٤٣٣/١ - ٤٣٤.

(٢) وروي نحوه عنه محمد بن منصور في الأمالي ١٥٠/٣.

(٣) انظر: الأحكام ٤٣٤/١ - ٤٣٥.

فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (البقرة /٢٢٦)، والفيء هو الرجوع، فإذا رجع عن يمينه بالقول، دخل في العموم.

فإن قيل: فهذا يوجب أن الرجوع باللسان يكفي، وإن قدر على الجماع.

قيل له: هذا هو حكم الظاهر، لكنْ لما أجمعوا على أن الفيء باللسان مع القدرة على الجماع غير كاف، قلنا به، وأيضاً لما وجدنا المولي له الخيار بين الفيء والطلاق في إسقاط حكم الإيلاء، وكان يصح وقوع الطلاق من جهة القول، وجب أن يصح وقوع الفيء من جهة القول، والمعنى أن كل واحد منهما مما جعل للمولي اختياره، وليس لأحد أن يقول : إن قولكم في الطلاق إنه من جهة القول لا معنى له؛ لأنه لا يصح إلا من جهة القول، وما كان كذلك، لم يعبر عنه بأنه يصح، بل يعبر عنه بأنه يجب، وذلك أن الطلاق[1] يصح وقوعه بالكناية دون القول، فصح ما أطلقناه من العبارة، على أنه قد ثبت عندنا وعند أبي حنيفة أنه يقع القول في الرجعة موقع الوطء، فوجب أن يقع ذلك موقع الوطء في الإيلاء؛ والمعنى أن كل واحد منهما رجوع من الزوج في حكم ما ألزم نفسه في النكاح، وأيضاً لا خلاف أن الحاكم لا يطالبه بالوطء للمرأة في مجلس الحكم، ولا في الحبس الذي معه فيه غيره، وأنه إذا قال: قد فئت، يؤجَّل حتى ينصرف إلى موضعها، فيقع القول إذ ذاك موقع الوطء، وكذلك إذا كان مريضاً، أو مسافراً، والعلة أن له عذراً في ترك الوطء، وكل مولٍ له عذر في ترك الوطء قام فيه القول مقام الوطء في إسقاط المطالبة عنه بالفيء.

مسألة: في الفيء قبل انقضاء المدة أو بعدها

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته أربعة أشهر، ثم أراد أن يفيء قبل مضي أربعة أشهر، ولم يقدر على الجماع، فاء بلسانه، وإن قدر على الجماع، لم يجز أن يؤخر ساعة. وإن كانت المسألة بحالها، لكنْ أراد أن يفيء إليها بعد مضي أربعة أشهر، لم يضيق عليه تأخير الجماع بعد القدرة عليه.

---

(١) في (أ): الطلاق وقوعه بالكناية.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١]، ونص فيه أيضاً على أنه إن كان آلى منها عشرة أشهر، كان القول فيها في هذا الباب كالقول إذا آلى أربعة أشهر.

ووجه ما ذكرناه: أن حكم الإيلاء يقوى مع بقاء مدة اليمين، فلهذا قال: إنه إذا[٢] قدر على الجماع بعد الفيء باللسان في المدة، لزمه الجماع، ولم يجز تأخيره، وأنه بتأخيره يكون مبطلاً للفيء الذي أتى به بلسانه، ألا ترى أن التيمم لما قام مقام الماء عند الضرورة، كان التمكن من الماء يُبطل حكم التيمم؟ ألا ترى أنه لو تمكن من الماء بآخر وقت الصلاة، لم يجز له تأخير الوضوء؛ لتأكد حال وجوبها في الوقت؟ وكذلك قال أصحابنا: إن الخطأ في القبلة وما جرى مجراها يوجب الإعادة متى علمه[٣] في الوقت، ولا يوجب الإعادة متى لم يعلم به إلا بعد تصرم الوقت، لَمَّا كان تأكد وجوبها في الوقت أقوى، وأما[٤] بعد انقضاء مدة اليمين، فيجب أن يكون حكم الإيلاء أخف، فلذلك[٥] أجزنا تأخير الوطء إذا قدر عليه بعد[٦] الفيء /١٨٤/ بلسانه؛ لتعذر الوطء، على أن ما ذهبنا إليه من أنه لا يجوز له تأخير الوطء لمدة اليمين إذا قدر عليه بعد الفيء بلسانه مما لا خلاف فيه.

فإن قيل: فَلِمَ قلتم إن حكم الإيلاء مع بقاء مدة اليمين أقوى؟

قيل له: لوجهين:

أحدهما: أن بقاء حكم الإيلاء مما أجمع عليه قبل مضي أربعة أشهر، وأجمع القائلون بالوقف عليه بعد انقضاء أربعة أشهر، فصار أقوى.

والثاني: أن الإيلاء في الأصل تعلق حكمه في الحنث، ووجوب الكفارة، وإن قلنا نحن: إنه قد يحصل حكمه مع ارتفاع حكم الحنث ووجوب الكفارة، إلا أنه فرع على ذلك الأصل، فالأصل إذاً يجب أن يكون أقوى .

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٥.

(٢) في (أ): أن.

(٣) في (ب): علم به.

(٤) في (أ): فأما.

(٥) في (ب): فكذلك.

(٦) في (أ): بعدما فاء بلسانه.

مسألة: فيمن آلى ثم طلق وراجع في مدة الإيلاء

قال: ولو أن رجلاً آلى من امرأته، ثم طلقها، ثم راجعها قبل انقضاء مدة الإيلاء، وجب أن يوقف بعد انقضاء أربعة أشهر، وكذلك لو تزوجها ثانياً، وجب أن يوقف بعد انقضاء أربعة أشهر، فإما أن يفيء، وإما أن يطلق ثانياً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[١] ونص في (المنتخب)[٢] على نحوه.

ووجه ما ذكرناه [من] أنه إذا راجعها، وتزوجها ثانياً مع بقاء مدة الإيلاء، رجع عليه حكم الإيلاء: هو حصول النكاح بكماله في مدة الإيلاء؛ ألا ترى أنه وجب أن يوقف قبل الطلاق لحصوله مولياً مع بقاء كمال النكاح، بدلالة أنه لو آلى منها، ثم طلقها، لم يوقف؟ فإذا ثبت ذلك، بان أن وجوب الوقوف كما ذكرناه، فلا فصل إذاً بين ابتداء الحال في ذلك وبين العود إليها، ونص أيضاً في (المنتخب) [٣] على أنه لو طلقها ثانياً بعد المراجعة الأولى، ثم راجعها ثانياً في مدة الإيلاء، وجب أن يوقف.

وظاهر كلامه في (المنتخب) يدل على أنه لو طلقها ثلاثاً، ثم نكحت زوجاً غيره، ثم طلقها، ثم تزوجها الأول مع بقاء مدة الإيلاء، رجع عليه حكم الإيلاء، وبه قال زفر، حكاه عنه أبو الحسن الكرخي في (المختصر).

قال أبو حنيفة: لا يرجع عليه حكم الإيلاء بعد الطلاق الثلاث[٤].

ووجهه: ما بيناه من تعلق ذلك بحصول النكاح في مدة الإيلاء.

مسألة: في الفيء قبل انتهاء المدة

قال: ومن فاء إلى زوجته قبل انقضاء المدة التي حلف عليها، لزمه تكفير يمينه.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٥] و(المنتخب) [٦]، وهو مما لا أحفظ فيه

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٣٥.
(٢) انظر: المنتخب ١٥٩.
(٣) انظر: المنتخب ١٦٠.
(٤) لعله الثالث.
(٥) انظر: الأحكام ١/٤٣٣.
(٦) انظر: المنتخب ١٥٩.

خلافاً بين عامة العلماء، وحكي عن الحسن أنه لا كفارة عليه لقوله تعالى: ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

والأصل فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «من حلف على شيء، ثم رأى غيره خيراً منه، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه»[1] وقد قال الله تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِيْ أَيْمَانِكِمْ﴾ (البقرة /٢٢٥).

مسألة: فيما ينعقد به الإيلاء

قال: ولو حلف بطلاق امرأته ألا يجامع امرأته، لم يكن ذلك إيلاء[2]، ولا يكون الإيلاء إلا إذا حلف بالله.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[3]، ودل عليه كلامه في (الأحكام)[4]، وبه قال الشافعي في القديم، وقال في الجديد: يكون مولياً بالطلاق، والعتاق، والنذر، وبه قال أبو حنيفة إلا في الصلاة، فإنه إن قال: لله عليَّ[5] أن أصلي إن جامعتك، لم يكن عنده إيلاء، وذكر أبو بكر الجصاص أن القياس يقتضي أنه لا يكون مولياً إلاَّ إذا حلف بالله.

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُوْنَ مِن نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (البقرة /٢٢٦) والألية هي اليمين في اللغة، وقد قال الله تعالى بعد ذكر الكفارة: ﴿ذَلِكَ كَفَارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ (المائدة /٨٩)، واليمين الذي[6] يكون ذلك كفارة لها هي اليمين بالله تعالى.

ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «من حلف على أمر،

---

(١) أخرجه مسلم ١٢٧٢/٣، وابن حبان ١٨٦/١٠، وأبو عوانة ٣٤/٤، والحاكم ٣٣٣/٤، والدارمي ٢٤٣/٢، وابن ماجة ٦٨١/١، والنسائي ١٢٧/٣.

(٢) في (ب): الإيلاء.

(٣) انظر: المنتخب ١٦٠.

(٤) انظر: الأحكام ٤٣٣/١.

(٥) في (ب): عليه.

(٦) في (أ): التي.

فرأى غيره خيراً منه، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه». فدل ذلك على أن اليمين هي التي تتعلق بها الكفارة؛ لإيجابه - صلى الله عليه وآله وسلم - الكفارة على كل حالف خالف ما حلف عليه، وليس /١٨٥/ ذلك إلا اليمين بالله، فكل ذلك يبين أن اليمين في الشرع الحلف بالله دون ما عداه، ويبين ذلك أيضاً أن المفهوم من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه » هو اليمين بالله تعالى على عرف الشرع، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يحمل قوله تعالى: ﴿لِلَّذِيْنَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ على الحلف بالله تعالى دون ما عداه.

فإن قيل: فقد يقال: إن فلاناً حلف بالطلاق، وبالعتاق، وبصدقة ما يملك، ونحوه، ويجري عليه اسم الحالف، وقد ذكر ذلك صاحبكم في كتبه وذكرتموه.

قيل له: نحن لا نمنع أن يجري ما ذكرتم من اسم الحالف واليمين، ولكن ذلك على ضرب من التجوز، لأن جميع ذلك ليس بيمين في الحقيقة، وإنما هو طلاق مشروط، أو عتق مشروط، أو صدقة مشروطة، وما ذكرتم من أن فقهاءنا وفقهاءهم قد استعملوا ذلك وأطلقوه في الكتب، فهو صحيح، إلا أنه لا يمنع أن يحصل للفقهاء عرف في بعض الألفاظ فيشيع استعماله فيهم، كما يتفق ذلك باصطلاح المتكلمين والنحاة وغيرهم، ولا يجوز أن يحمل على شيء من ذلك خطاب الله سبحانه وتعالى، ولا خطاب رسوله - صلى الله عليه وآله وسلم - وإنما يجب حملهما على صريح اللغة، أو عرفها، أو عرف الشرع، وقد ثبت أن الشرع قد اقتضى أن يكون اسم اليمين على الإطلاق يتناول اليمين بالله تعالى، فوجب أن يحمل عليه خطاب الله دون ما سواه.

ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف في أن من حلف بالكعبة، أو بالنبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لا يكون مولياً، فكذلك من حلف بالطلاق، والعتاق، والحج، وغير ذلك، والعلة أنه حلف بغير الله تعالى، فوجب ألا يكون مولياً، على أن أبا حنيفة لا يخالف في أن الرجل لو قال: إن جامعتك، فعليَّ كذا ركعة من الصلاة، أنه لا يكون مولياً، فكذلك سائر ما ذكرناه للعلتين اللتين ذكرناهما، وحكي عن مالك أنه

قال: إذا حلف ألا يجامعها غير قاصد إلى مضارتها، كأن يكون بها علة تصده عن الجماع ونحوه، فإنه لا يكون مولياً، فيمكن أن يقال[1]: إنه إذا حلف بالطلاق على هذا الوجه أنه لا يكون مولياً، فكذلك إذا حلف به على غير ذلك الوجه، والعلة ما ذكرناه، والأصول شاهدة لنا؛ لأنا وجدنا كل يمين يحصل بها حكم منفصل عنها - كإسقاط حق المدعي، أو إثبات حق المدعَى عليه، أو لزوم الكفارة - إنما هو اليمين بالله تعالى دون ما عداه؛ لأن الحلف بالطلاق يقع نفسه بحصول الشرط الذي عُلِّق به، وكذلك العتاق، والنذر، فلما ثبت ذلك، وجدنا[2] الإيلاء يُثبت حكماً منفصلاً عنه، كالوقف أو الطلاق، وقوعه أو لزومه على حسب الخلاف فيه، وكذلك الكفارة، وجب أن يكون ذلك يميناً بالله تعالى دون ما سواه.

مسألة: في الإيلاء من غير ذكر المدة

قال: وإذا حلف الرجل أنه لا يجامع امرأته، و لم يذكر المدة، كان ذلك إيلاء.

وهذا مما رواه يحيى - عليه السلام - في (الأحكام) [3] عن القاسم - عليه السلام- ودل عليه بقوله فيه: الإيلاء أن يحلف على أربعة أشهر، فما فوقها، مع تنصيصه على أن إطلاق اليمين تقتضي التأبيد، والمطلق ليمين الإيلاء مول للتأبيد، فهو مول لأكثر من أربعة أشهر.

وقال في (المنتخب) [4]: إنه إذا[5] أطلق اليمين، لم يكن مولياً، وكان أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - ينصر رواية (المنتخب)، ويحمل عليه ما في (الأحكام)، والصحيح عندي ما ذكره أولاً، وهو المحفوظ عن الفقهاء؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (البقرة /٢٢٦)، فوجب أن يكون ذلك حكم كل مول، إلا ما منع منه الدليل، فلما ثبت بالإجماع بأن المولي على أقل من أربعة

(١) في (أ): يقال له.
(٢) لعله ووجدنا .
(٣) انظر: الأحكام ٤٣٤/١.
(٤) انظر: المنتخب ١٥٩.
(٥) في (أ): إن.

أشهر لا يكون مولياً، خصصناه، وبَقَّيْنَا ما عداه على حكم الظاهر، والمخالف في هذا لا يجد بداً من أن /١٨٦/ يُقدِّر في الآية ما ليس فيها، وهو أن يقول: تقديرها: للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر وهذا خلاف الظاهر، على أن من يخالف في هذا لا ينكر أن يكون مولياً إذا حلف[1] على أربعة أشهر فما فوقها، فكذلك من أطلق الإيلاء؛ والعلة أن يمينه تناولت أربعة أشهر فما فوقها.

ووجه رواية (المنتخب): أن الإيلاء معتبر فيه اللفظ، فيمين الْمُطْلَق للإيلاء وإن تناولت أربعة أشهر فما فوقها، واقتضت[2] التأبيد، فإنه غير ملفوظ به، فوجب ألا يقع الإيلاء، ويمكنه أن يفسر ذلك على من آلى دون أربعة أشهر بعلة أنه لم يذكر في الإيلاء أربعة أشهر فما فوقها، فإن حلف على ما دون ذلك، لم يكن مولياً.

مسألة: في من آلى على دون أربعة أشهر

قال: ولا إيلاء إلا أن يحلف على أربعة أشهر فما فوقها، فإن حلف على ما دون ذلك، لم يكن مولياً.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[3]، وقد بينا فيما مضى أن الرجل إذا حلف على أربعة أشهر فما فوقها يكون مولياً، والمحفوظ عن العلماء أجمع أنه لا إيلاء في أقل من أربعة أشهر، وحكي عن قوم من المتقدمين أنهم جعلوه إيلاء، والإجماع الحاصل بعدهم يسقط ذلك القول، على أنه روى زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - الحديث الذي بينا أنه قال: «إذا كان دون أربعة أشهر، فليس بمول»[4]. وروي عن ابن عباس أنه قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين، فوقَّت الله تبارك وتعالى أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه دون ذلك، فليس بإيلاء[5]، وإذا ثبت ذلك عن أمير المؤمنين - عليه السلام - وابن عباس - رضي الله

---

(١) في (ب): عكف.

(٢) في (ب): ولا اقتضت.

(٣) انظر: الأحكام ٤٣٤/١. المنتخب ١٥٩.

(٤) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب الإيلاء.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن ٣٨١/٧، والطبراني في الكبير ١٥٨/١١.

عنه - ولم يرو خلافه عن غيرهما من الصحابة، جرى مجرى الإجماع منهم، على أن ما ثبت عن علي - عليه السلام - فمن أصلنا أنه لا يجوز خلافه، على أنه قد ثبت أنه لا يلزمه حكم الإيلاء - من الوقوف، أو الطلاق، على حسب الاختلاف فيه - إذا حلف على أقل من أربعة أشهر عند انقضاء مدة اليمين ولا قبلها، فوجب ألا يلزمه بعدها. دليله لو حلف أيضاً أن يضارها، أو يسيء عشرتها مدة من الزمان، ألا ترى أنه لما لم يلزمه حكم الإيلاء عند انقضاء مدة يمينه هذه ولا قبلها، لم يلزم بعدها؟

باب القول في اللعان

مسألة: في شروط وقوع اللعان

اللعان يقع بين الرجل وزوجته إذا كانا حرين، بالغين، عاقلين، مسلمين، أو كانت المرأة حرة، فإن كانا كافرين، أو مملوكين، أو كانت المرأة مملوكة، أو كان أحدهما صغيراً، أو مجنوناً، فلا لعان بينهما.

نص في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢] في كتاب الحدود على أنه لا حد على من قذف كافراً.

ونص في كتاب الحدود من (الأحكام) [٣] على أن الصغيرة إذا قذفها زوجها، فلا حد عليه، لأنها ممن لا يحد فقلنا: إنهما إذا كانا صغيرين، أو كان أحدهما مجنوناً، فلا لعان[٤] بينهما.

ونص في (الأحكام) و(المنتخب) [٥] أن الزوج إذا كان حراً، وزوجته أمة، فقذفها، فلا لعان بينهما.

ونص فيهما[٦] جميعاً على أن الزوج إذا كان عبداً، وكانت الزوجة حرة، فقذفها، كان بينهما اللعان، اعتباراً بأن يكون الزوج ممن يحد لها إذا قذفها.

والأصل في ذلك: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ﴾ (النور /٦)، بعد قوله: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ (النور /٤).

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٦٨ ، ٢٣٩.

(٢) انظر: المنتخب ٤٢٠ ، ١٦١.

(٣) انظر: الأحكام ٢/٢٦٨.

(٤) في (أ) و (ب): حد وظنن على لعان في الهوامش.

(٥) انظر: الأحكام ٢/٢٦٩، المنتخب ٤٢٠ ، ١٦١.

(٦) انظر: الأحكام ٢/٢٦٩، والمنتخب ١٦١.

وورد في ذلك: ما أخبرنا به أبو الحسين بن إسماعيل، حدثنا الناصر للحق - عليه السلام - حدثنا الحسين[1] بن يحيى، /١٨٧/ حدثنا إبراهيم بن محمد بن ميمون، عن أبي مالك الجنبي، عن جويبر، عن الضحاك، عن ابن عباس قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ (النور /٤)، قال عاصم بن عدي: أرأيت[2] يا رسول الله، لو وجدتُ رجلاً على بطن امرأتي، فقلت لها: يا زانية، أتجلدني ثمانين جلدة؟ قال: كذلك يا عاصم نزلت الآية، فخرج سامعاً مطيعاً، فلم يصل إلى منـــزله حتى استقبله هلال بن أمية[3]، وكان زوج ابنته خولة بنت عاصم، فقال: الشر. قال: وما ذاك؟ قال: رأيت شريك بن سحماء على بطن امرأتي خولة يزني بها، فرجع إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فأخبره هلال بالذي كان، فبعث إليها، فقال: «ما يقول زوجك»؟ فأنكرت ذلك، فأنزل الله تعالى آية اللعان: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ..﴾ الآية، فأقامه النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بعد العصر على يمين المنبر، فقال: « يا هلال، ائت بالشهادة » ففعل، حتى قال: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فقالت: يا رسول الله، كذب، فأقامها مقامه، فقالت: أشهد بالله ما أنا بزانية، وإنه لمن الكاذبين، حتى قالت: والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ففرَّق بينهما النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وقال: « لا تجتمعان إلى يوم القيامة ». وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « إن وضعت ما في بطنها على صفة كذا وكذا، فالولد لزوجها »، وإن وضعته على صفة كذا، فهو لشريك بن سحماء، وقد صدق زوجها، فلما وضعت قال - صلى الله عليه وآله وسلم -: « لولا كتاب من الله سبق، لكان لي فيها رأي »، قالوا: يا رسول الله، وما

---

(١) في هامش (ب) الحسن .

(٢) في (ب): قال عاصم بن عدي: يا رسول الله.

(٣) في أكثر الروايات أن هذه القصة بين عاصم وعويمر العجلاني وهي في البخاري ١٧٧٢/٤ ، ٢٠٣٢ ومسلم ١١٣٤/٢ والنسائي ٣٧٢/٣ وأبو داود ٢٨١/٢ وأن قصة هلال مع زوجته لم تكن مع عاصم ، وقد اختلف في أي الحادثتين كان سبب نزول آية اللعان، وهل خولة هي بنت عاصم أو بنت قيس، وهل عويمر هو الذي رمى شريكا أم هلال ، وقد بسط القول في ذلك ابن حجر في فتح الباري ٤٤٨/٩ والقرطبي في تفسيره ١٨٤/١٢.

الرأي؟ قال: « الرجم بالحجارة ».

فدل الخبر على أن اللعان نزل لرفع الجلد عن الأزواج إذا رموا نساءهم، فوجب أن يكون من لا حد عليه إذا رمى زوجته لم يكن بينهما لعان.

ويدل على ذلك ما روي عن علقمة، عن عبد الله، أن رجلاً من الأنصار أتى رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – قال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم به، جلدتموه، أو قتل، قتلتموه، أو سكت، سكت على غيظ، فقال: اللهم افتح، فجعل يدعو، فنـــزلت آية اللعان[١].

وروي عن عكرمة، عن ابن عباس، أن هلال بن أمية لما قذف زوجته عند النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال له النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: « البينة، أو جلد في ظهرك »[٢] فدل ذلك على أن حد الزوج إذا قذف زوجته كان كحده إذا قذف الأجنبية حتى نزلت آية اللعان، فبان أن اللعان هو لدرء الحد.

وروي عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس قال: لما لاعن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – بين امرأة وزوجها فرق بينهما، فلما وضعت الولد وبه شبه ممن قذفت به، قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: « لولا ما مضى من الحد، لرجمتها » فسمى اللعان حداً، فوجب ألا يلزم من لا يلزمه الحد، وقد روي: « لولا كتاب من الله سبق »، وروي: «لولا الأيمان»، ويجوز أن يكون قال: كل ذلك، وأيضاً روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «لا لعان بين أهل الكفر وأهل الإسلام، ولا بين العبد وامرأته».

فإن قيل: فأنتم توجبون اللعان بين العبد وزوجته الحرة.

قيل له: نخص ذلك من الخبر بالدلالة.

---

(١) أخرجه مسلم ١١٣٣/٢، وأبو عوانة ٢٠٧/٣، وأبو داود ٢٥٧/٢، والطحاوي ٩٩/٣، والبزار ٣١٧/٤.

(٢) أخرجه البخاري ٩٤٩/٢، والحاكم ٤١٢/٤، والترمذي ٣٣١/٥، وأبو داود ٢٧٦/٢، وابن ماجة ٦٧٨/١.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ عام في الجميع.

قيل له: لا ننكر /١٨٨/ أن يكون ظاهر الآية[١] يقتضي العموم، لكن يخصها ما بيناه، ويدل على ذلك ما أجمعوا عليه من أن الصبي إذا قذف زوجته قبل أن يبلغ، فلا لعان عليه، وليس لهم أن يقولوا إن أفعاله لا حكم لها؛ إذ الحكم يتعلق بجنايته، على أنه إن كان، لا يمنع أن يطالب باللعان إذا بلغ، فبان أن سقوط اللعان كان لما ذكرناه.

ويبين ذلك أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي أن الزوج إذا امتنع من اللعان بعد القذف، لزمه الحد، ويقول إذا أكذب نفسه، فكشف ذلك أن اللعان بدل من الحد، فإذا ثبت ذلك، وثبت ألا حد على من ذكرناهم بما نبينه في كتاب الحدود، ثبت ألا لعان عليهم.

وأما العبد إذا كانت تحته حرة، والمحدود في القذف، فإن أبا حنيفة يذهب إلى أنه[٢] لا لعان عليهما، وأنهما يحدان، وعلل ذلك بأنهما ليسا من أهل الشهادة، فإن اللعان شهادة، وهذا هو[٣] عندنا فاسد من وجهين:

أحدهما : أن اللعان ليس شهادة، وإنما هو جار مجرى الأيمان، بدلالة أنه لو كان شهادة، لكانت شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل.

[الثاني] ولا اعتبر فيه العدالة، على أنه يجوز لعان الأعمى، والفاسق، وإن كانت شهادتهما غير جائزة، على أن العبد - عندنا - والمحدود في القذف، من أهل الشهادة، وإنما نمنع من شهادة القاذف لفسقه، كما يمنع شهادة سائر الفساق، فإذا أكذب نفسه، وتاب، جازت شهادته فوضح سقوط ما اعتمده في ذلك على أصولنا.

مسألة: فيما يوجب اللعان

قال: «ويقع اللعان بين الرجل وزوجته إذا نفى ولدها، أو بالزنى قذفها، و لم يأت عليها بأربعة يشهدون على لفظه».

---

(١) في (ب): ظاهر الآية العموم.

(٢) في (أ): أن لا.

(٣) في (أ): وهو عندنا.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [(١)]، وهذه الجملة مما لا خلاف فيها بين العلماء، وهي دالة على أن من نفى حمل امرأته، لم يلاعنها إلا بأن تضع دون ستة أشهر؛ ليحصل اليقين بنفي الولد على الحقيقة، وهكذا خرَّجه أبو العباس الحسني رحمة الله عليه في (النصوص)، وهو قول أبي يوسف، ومحمد.

قال أبو حنيفة: لا يلاعن وإن ولدت بعده بيوم، أو أكثر، أو أقل.

وقال الشافعي: يلاعن على الأحوال كلها، وحكي نحوه عن مالك.

فأما الوجه فيما ذهبنا إليه من أنه لا لعان إن جاءت بولد بعد ستة أشهر خلافاً للشافعي: أنه لا يقين بأن هناك ولداً منتفياً، فوجب أن يسقط اللعان؛ لأن اللعان يجب للقذف، أو نفي الولد؛ لِمَا تضمن من معنى القذف، وهاهنا لم يحصل واحد منهما على الحقيقة، وكما لم يعلم أنه ناف للولد، لم يلزمه اللعان؛ دليله نفي الولد ولا حمل أصلاً بأن تكون المرأة صغيرة، أو آيسة.

فإن قيل: فقد روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لاعن لنفي الولد، وهي بعد حامل[(٢)].

قيل له: في الخبر ما يدل على أنه كان قذفها بالزنى صريحاً، ومن فعل ذلك، لزمه اللعان، كانت امرأته حاملاً، أو حائلاً؛ لأن اللعان يكون إذ ذاك للقذف بالزنى، لا لنفي الحمل.

فإن قيل: فالحمل محكوم به قبل الولادة بدلالة قوله تعالى: ﴿وَأُوْلاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٤)، وقوله: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلاَتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٦)، وأجمع الفقهاء على ذلك، وأجمعوا أيضاً على أن من اشترى جارية، فشهد النساء أنها حامل، أن للمشتري [أن]يردها بالعيب، فإذا ثبت بما بيناه أن الحمل محكوم به قبل /١٨٩/ الولادة، لم يمتنع أن يكون لنفيه قبل الولادة حكم.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٠.

(٢) أخرجه البيهقي ٧/٤٠٧، والنسائي ٣/٣٧١، والطحاوي ٣/١٠٠.

قيل له: لسنا نمنع[1] مما ذكرتم من أن الحمل يحكم به، وتعلق الأحكام عليه قبل الولادة، إلا أن تلك هي الأحكام التي لا تسقط بالشبهة، ومن حكم اللعان أن يسقط بالشبهة، وإذا سقط، لم يكن كالحمل[2]؛ لأنه قائم مقام البينة في درء الحد، والحد يسقط للشبهة، وإذا سقط، لم يكن للّعان معنى، إذ قد ثبت أنه لدرء الحد، فوجب أن يفصل بينه وبين سائر الأحكام المتعلقة بالحمل.

فإن قيل: فإن الحمل قد يُتحقق ويُتيقن، فلا معنى لقولكم إن فيه شبهة.

قيل له: لا حمل إلا ويُجَوَّز قبل الولادة ألا يكون حملاً، وأن يكون ريحاً، أو داء، أو غيره، [ولا]سيما في الوقت الذي تحصل الولادة بعده لستة أشهر، وإذا كان هذا التجويز قائماً، صح ما بينا من الكلام عليه من أنه لا يخلو من الشبهة.

ووجه ما ذهبنا إليه من أنها إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم النفي، حصل اليقين بأن النفي صادف الولد؛ لأن أقل الحمل ستة أشهر، فيجري مجرى أن ينفي الولد في أنه يجب اللعان له.

فإن قيل: فإن النفي إذا لم يكن قذفاً يوم وقوعه، لم يجز أن يصير قذفاً بعده.

قيل له: لسنا نقول إنه لم يكن قذفاً حين وقع، وإن كنا لم نعلم ذلك إلا بحصول الولادة لأقل من ستة أشهر من يوم النفي، وإذا كان ذلك كذلك، سقط هذا السؤال.

فإن قيل: هو قذف معلق بشرط، فلا يجب أن يتعلق به حكم.

قيل له: ليس الأمر فيه كذلك؛ لأنه نفى الولد نفياً مطلقاً، فكان ذلك قذفاً مطلقاً متى كان هناك ولد منفي على التحقيق.

وقلنا: إن ذلك يلزم إذا لم يكن أربعة يشهدون على لفظه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ..الآية﴾ (النور/ ٤)، فأوجب الحد بشرط ألا يكون له أربعة يشهدون، واللعان على ما بيناه قائم مقام البينة، فوجب ألا حد به إذا لم يكن بينة؛

---

(١) في (أ): نمتنع.

(٢) في (أ) و (ب): كالحد، وظنن على (كالحمل) في الهامش.

وبينة القذف شهادة أربعة؛ لما روي أن هلال بن أمية لما قذف زوجته، قال له النبي - صلى الله عليه وآله وسلم-: «بينتك، أو جلد في ظهرك»، وبينة الزنى إذا أطلقت، عُقل منها أربعة بعرف الشرع، كأنه قال: أربعة يشهدون، أو جلد في ظهرك.

مسألة: في تراجع أحد الزوجين عن اللعان

قال: فحينئذ يحضرهما الحاكم ثم يقول: خافا ربكما، ولا تُقدما على اللعان، فإن نكل الزوج، ضُرِب حد القاذف ثمانين جلدة، وألحق الولد به، وإن مضى الرجل على اللعان، ونكلت المرأة، رجمت.

وجميع ذلك منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١] غير إلحاق الولد فإنه منصوص عليه في (المنتخب) [٢].

قلنا: إن الإمامَ يعظِهما؛ لما روي أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – قال لها: « إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب[٣]، وقال للزوج: اتق الله تعالى، وكذلك قال للمرأة حتى قال لها: « إن كنتِ أذنبتِ ذنباً في الدنيا، فإن رجمك بالحجارة أهون عليك من غضب الله تعالى في الآخرة »[٤]؛ لأن[٥] ذلك من جملة النهي عن المنكر، ومن جملة النصح.

وما قلناه من إلحاق الولد إن نكل الزوج عن اللعان، فمما لا خلاف فيه، ولأن الولد ينتفي باللعان، فإذا لم يقع اللعان، بقي على حكم الفراش.

وما ذهبنا إليه من أن من نكل منهما عن اللعان، أقيم عليه الحد، به قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يحبس الناكل حتى يُقر، فيقام عليه الحد، أو يلاعن.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٠. المنتخب ١٦٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٦٠.

(٣) أخرجه البخاري ٤/١٧٧٢، ومسلم ٢/١١٣٢، وأبو عوانة ٣/٢٠٥، والترمذي ٥/٣٣١، وأبو داود ٢/٢٧٨، وابن ماجة ١/٦٦٨.

(٤) أخرجه أبو داود ٢/٢٧٧.

(٥) في (أ): ولأن.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ..الآية﴾ (النور/ ٤)، فكان ذلك عاماً في الأزواج وغيرهم.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ / ١٩٠/ أَزْوَاجَهُمْ.. الآية﴾ (النور/ ٦)، فاستأنف حكم الأزواج، فلم يجب أن تكون الآية[1] الأولى متناولة للأزواج.

قيل له: الآية الثانية جعلت للأزواج حجة خصتهم بها، و لم يمتنع أن تكون الآية الأولى متناولة لهم، فإذا قذف الرجل زوجته، و لم يأت بواحدة من الحجتين - البينة التي دلت عليها الآية الأولى، أو اللعان التي دلت عليه الآية الثانية - لزمه الحد بقضية الآية الأولى[2].

فإن قال قائل: قذف الرجل زوجته أوجب لها عليه حق اللعان، كما أوجب[3] الجلد في الأجنبية، وإذا لم يأت به، أجبر عليه بالحبس كسائر الحقوق لها.

قيل له: هذا غلط، وذلك أن قذف الزوج عندنا أوجب الحد، كما أوجبه قذف الأجنبي، وإنما ينفصل حال الزوج على الأجنبي فيما يدليان به من الحجة، فجُعل للأجنبي إذا قذف أجنبية، وأنكرت المقذوفة، حجة واحدة، وهي أربعة يشهدون، وجعل للزوج إذا قذف زوجته حجتان: شهادة أربعة، أو لعان يأتي به.

فأما موجب القذف، فلا فصل فيه بينهما، ويدل على ذلك حديث ابن عباس الذي ذكرناه بإسناده، قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ (النور /٤)، قال عاصم بن عدي: أرأيت يا رسول الله، لو وجدتُ رجلاً على بطن امرأتي؟ فقلت لها: يازانية، أتجلدني ثمانين جلدة؟ قال: كذلك يا عاصم نزلت.

فدل ذلك على أن قذف الزوجة كقذف الأجنبية في إيجاب الحد.

---

(١) في (أ): الآية متناولة.

(٢) سقط من (أ) : الأولى.

(٣) في (ب): وجب.

ويدل على ذلك ما روي أن رجلاً من الأنصار أتى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم به، جلدتموه، أو قَتل، قتلتموه، أو سكت، سكت على[1] غيض فقال - صلى الله عليه وآله وسلم-: « اللهم افتح » فجعل يدعو، فنزلت آية اللعان، فمقارة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - له على قوله: فتكلم جلدتموه، دليل على صحة ما قلناه، وكذلك ما روي عن عكرمة، عن ابن عباس، أن هلال بن أمية لما قذف زوجته عند النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال له[2]: « البينة، أو جلد في ظهرك ».

فإن قيل: فكل ذلك قد ورد الأثر به[3] ، فقد تغير حكمه.

قيل له: لم يتغير موجِب القذف، وإنما تغيَّر حكم البينة، فإنه حصل للزوج اللعان بدل إقامة الشهادة على ما سلف القول فيه، ويدل على ذلك أيضاً أنه لا خلاف في الأجنبي إذا قذف أجنبية، ثم لم يأت بحجة، أنه يلزمه الحد، فكذلك الزوج إذا قذف زوجته، والعلة أنه قاذف لم يأت بحجة، فوجب أن يكون حكمه حكم الأجني، والأصول تشهد بصحة قولنا، وذلك أنه لا وجه لأن يكون للإنسان حق المطالبة بما يدخل الضرر على نفسه، ألا ترى أنه إذا لاعنها، حقق عليها الزنى؟

وأما ما يدل على أن المرأة إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج يلزمها الحد: قول الله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِيْنَ ..الآية﴾ (النور/ ٨)، فدل ذلك على أنها يُدرأ عنها العذاب بما تأتي به من الالتعان، فثبت بذلك أن العذاب لازم لها متى لم تلاعن، وهو الحد، ألا ترى أن قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «ادرءوا الحدود بالشبهات»، دال على أن الحد يجب متى لم يكن شبهة /١٩١/ توجب[4] أن يُدرأ بحيث يكون للشبهة مساغ للدرء؟ فإذا ثبت أن اللعان يوجب درء العذاب عنها، لزمها العذاب متى لم تلاعن.

---

(١) في (أ): عن.

(٢) في (أ): قال.

(٣) في (أ): بأنه قد.

(٤) في (أ): فوجب.

فإن قيل: ومن أين لكم أن المراد بالعذاب هاهنا هو الحد؟ وما تنكرون على من قال لكم: إن المراد به هو الحبس؟

قيل له: قلنا ذلك؛ لأن المعهود أولى أن يحمل عليه الخطاب مما لم يكن له عهد، و لم يتقدم في شيء من هذه الآيات إطلاق لفظ العذاب والمراد به الحبس، وقد تقدم إطلاق اللفظ به والمراد به الحد، وهو قوله: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾، إلى قوله: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور /٢)، فكان حمل قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾، على ما تقدم ذكره أولى من حمله على ما لم يتقدم ذكره، وقد قال الله تعالى في موضع آخر: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (النساء /٢٥)، فسمي الحد عذاباً، فأكد ذلك ما ذهبنا إليه.

ويدل على ذلك ما روي أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لاعن بين هلال بن أمية وزوجته خولة بنت عاصم بن عدي، فوضعت على الصفة المنكرة، فقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لولا كتاب من الله سبق، لكان لي فيهما رأي»، قيل: وما الرأي؟ قال: «الرجم بالحجارة»، وفي بعض الأخبار (لولا الأيمان) وفي بعضها (لولا الحد) يعني اللعان، فدل ذلك على أنها كانت يلزمها الرجم لولا لعانها، فإذا لم تأت به، وجب أن تُرجم، ولا خلاف أنه لو قذفها وأقام عليها البينة، و لم تُدلِ هي بحجة، أنها[1] يلزمها الحد، فكذلك إذا قذفها، ولاعنها، وامتنعت هي من اللعان؛ بعلة أن الزوج أقام ما جعل حجة له.

على أن ما ذهبوا إليه من حبسها لتُقرَّ بما يوجب الحد، أو تأتي بما يدرؤه عنها[2]، لم نجده في شيء من الأصول، بل الأصول شاهدة لنا؛ لأن الواجب في الحدود أن تقام إن وجبت، أو تترك إن لم تجب، فلا يخلو لعان الزوج من أن يكون أوجب عليها الحد، أو لا يكون قد أوجب، فإن كان قد أوجب، فيجب أن يقام متى لم يعرض ما يوجب درأه، وإن لم يكن قد أوجب، فلا معنى لحبسها.

---

(١) في (أ): أنه.

(٢) في (أ): منها.

مسألة: فيما يوجبه اللعان

قال: وإن مضيا على اللعان، فرق الحاكم بينهما، وانتفى الولد عنه.

ما ذكرناه من تفريق الحاكم بينهما منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [١]، وكلامه يقتضي ما ذكرناه من انتفاء الولد، وهو منصوص عليه في (المنتخب) [٢].

ما ذهبنا إليه من أن الفرقة بينهما تقع بتفريق الحاكم، به قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، قال الشافعي: تقع بنفس اللعان، وهو قول زفر، حكاه أبو الحسن الكرخي في (المختصر).

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: أن الأخبار الواردة في هذا الباب ناطقة بأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فرَّق بين المتلاعنين، فمنها ما مضى، ومنها: ما أخبرنا به أبو الحسين بن إسماعيل، حدثنا الناصر، حدثنا الحسن بن يحيى الحسيني، حدثنا إبراهيم بن محمد بن عائد، عن داود بن أبي هند، عن سعيد بن جبير، قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في أخت بني عجلان إذ لاعنت زوجها أن فرَّق بينهما، وجعل لها المهر[٣]، ولفظ التفريق إذا استعمل في الشرع على هذا الحد، أفاد قطع أحكام النكاح، فوجب أن يكون ذلك دالاً على أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - هو الذي قطع أحكام النكاح، وفي ذلك دليل على أنها كانت ثابتة حين قطعها - صلى الله عليه وآله وسلم -.

فإن قيل: فقد يقال: إن الحاكم فرَّق بين فلان وزوجته - وإن لم يكن قطع ما بينهما من النكاح - إذا /١٩٢/ منعهما منه، فما أنكرتم أن يكون ما رُوي من تفريقه - صلى الله عليه وآله وسلم - محمولاً على ذلك؟

قيل له: إذا كان استعمال التفريق في عرف الشرع يقتضي ما ذكرناه، فلا يجوز

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٧٠. المنتخب ١٦٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٦٠.

(٣) أخرج البخاري ٥/٢٠٣٥، ومسلم ٢/١١٣١، وأبو داود ٢/٢٧٨، والنسائي ٣/٣٧٦، والطحاوي ٤/١٥٥، نحوه عن سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

الانصراف عنه إلى ما سواه إلا بالدليل، والدليل على ذلك: ما رواه أبو داود في (السنن) [(١)] بإسناده، عن ابن شهاب، أن سهل بن سعد الساعدي أخبره، أن عويمر العجلاني لما فرغ من لعان امرأته قال: كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها، فطلقها عويمر ثلاثاً، ففي هذا بيان أن التفرقة لم تكن وقعت بنفس اللعان؛ لأنها لو كانت وقعت بنفس اللعان، لم يقاره النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - على قوله: كذبتُ عليها إن أمسكتها، ولا على طلاقه لها؛ لأن ذلك لا يصح أن يقال إلا فيمن تكون له بعد زوجة، وإذا ثبت أن الزوجية[(٢)] لم تكن انقطعت بعدُ بنفس اللعان، ثبت أنها تنقطع بتفريق الحاكم على ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: و لم ادعيتم أن الفرقة لو كانت وقعت بنفس اللعان، كان النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لا يقاره عليه؟

قيل له: لأن وقوع الفرقة تقتضي تحريم البضع، وقوله هذا يتضمن إباحة البضع، ولا يجوز أن يسمع النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - من يستبيح فرجاً محرماً فلا ينكر عليه، ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي أن الإيلاء لا يوجب وقوع الفرقة، فكذلك اللعان، والعلة أن كل واحد منهما يمين، وأيضاً وجدنا اللعان تحالفاً بين المتلاعنين، فوجب ألا يقع الفسخ بنفسه. دليله تحالف المتبايعين، والأصول[(٣)] تشهد لنا؛ لأن اللعان إما أن يكون يميناً، أو يكون شهادة، وقد علمنا أن الأحكام المتعلقة بالأيمان والشهادات من فسخ، أو إثبات، أو غيرهما، لا تحصل بنفس اليمين، ولا بنفس الشهادة، وإنما تحصل بالحكم عند اليمين، أو الشهادة، فوجب أن يكون حكم التفريق الذي يتعلق باللعان، على أن الفرقة تقع عند الشافعي بلعان الزوج قبل لعان المرأة، ولعانه إنما هو تحقيق ما رماها به، وقد علمنا أنه لو حقق ذلك بالشهادة، لم تقع الفرقة، فكذلك إذا حققه بالأيمان، على أن الفرقة لو وقعت بلعان الرجل، لم يكن للعان المرأة معنى؛ لأنها تكون قد صارت أجنبية.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨٠ - ٢٨١.

(٢) في (ب): الزوجة.

(٣) في (ب): الأصول.

وأما زفر، فإنه يذهب إلى أن الفرقة تقع بفراغ المرأة من اللعان بعد لعان الزوج، فيقال له: إذا لم تقع الفرقة بلعان الزوج، لم يجب أن تقع بلعان المرأة؛ لأن كل واحد منهما لعان، ولأن كل واحد منهما حقق ما ادعاه، وأكذب صاحبه، فلم يجب أن تقع الفرقة، يؤكد ذلك سائر الأصول التي ذكرناها.

فأما انتفاء الولد، فالأصل فيه: ما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده، عن عكرمة، عن ابن عباس في لعان هلال بن أمية وامرأته، أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فرَّق بينهما، وقضى ألا يدعى ولدها لأب[1].

وفيه حديث ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمان النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - ففرق بينهما، وألحق الولد بأمه[2].

وفي حديث سهل بن سعد، وكان يدعى الولد لأمه[3].

وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف أنه ينتفي باللعان، أو ينتفي بالحكم، وذكر أبو العباس الحسني - رضي الله عنه - أن انتفاء الولد يجب عند يحيى - عليه السلام - بحكم الحاكم، وأصله ما ثبت من أن التفريق يقع بحكم الحاكم دون اللعان، فإذا ثبت ذلك في اللعان، ثبت مثله في نفي الولد؛ إذ لم يفرق أحد بينهما، ويدل على ذلك قول ابن عباس: «ففرق رسول الله /١٩٣/ - صلى الله عليه وآله وسلم - بينهما، وقضى ألا يدعى الولد لأب»، فجعل قطع النسب قضاءً، فثبت أنه يثبت بالحاكم، على أنه قياس التفريق بعلة أنه أحد الحكمين المتعلقين باللعان.

فصل: في أن فرقة اللعان فسخ

خرَّج أبو العباس الحسني- رحمه الله تعالى- أن الفرقة الواقعة باللعان فسخ، وليس بطلاق.

والأصل فيه حديث عكرمة، عن ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - (فرق بين هلال بن أمية وزوجته، وقضى ألا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨٤ - ٢٨٥.
(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨٦.
(٣) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨١.

ولدها، ومن رماها، أو رمى ولدها، فعليه الحد، وقضى ألا بيت لها ولا قوت؛ من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق، ولا متوفى عنها زوجها[١]، فقد صرح بأن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -) [٢] قضى أن تفريقهما من غير طلاق، فيجب أن يكون فسخاً.

فإن قيل: ذلك قول ابن عباس، و لم يضفه إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وإنما أضاف إليه أنه قضى ألا بيت لها و لا قوت، وبعد ذلك أدرجه ابن عباس في الحديث.

قيل له: ليس ذلك على ما قدرت؛ لأنه أخبر أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قضى بذلك من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق، وأخبر عما له قضى بذلك رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فيجب أن يكون قد عرف ذلك من قضاء رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وألا يكون قال ذلك برأيه، ألا ترى أنه لو قال: سجد رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لأنه سها، لم يجب أن يحمل ذلك على أن قوله: لأنه سها قاله برأيه؟ وكذلك لو قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن شاهداً واحداً شهد، وحلف المدعي، لم يجز أن يحمل ذلك على أنه قاله برأيه؛ فكذلك قوله في هذا الموضع، على أنه لو كان قاله برأيه أيضاً، لوجب أن يكون حجة؛ لأنه لم يحفظ عن أحد من الصحابة خلافه، فجرى مجرى إجماعهم.

وأيضاً هي فرقة تقع من غير اختيار الزوج، فوجب أن يكون فسخاً، دليله سائر الفسوخ، يؤكد ذلك أن التحريم الواقع باللعان قد يتأبد على وجه من الوجوه، ولا خلاف أن التحريم الواقع باللعان قد يتأبد لأن الزوج لم يكذب نفسه، ولا خلاف أن التحريم متأبد، فبان بذلك أنه[٣] تحريم الفسخ دون تحريم الطلاق.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/ ٢٨٥، والبيهقي ٧/٤٠٩، وأحمد ١/٢٣٨.

(٢) ما بين القوسين سقط من (ب).

(٣) في (ب): فبان بذلك أن الفسخ دون تحريم الطلاق.

مسألة: في اجتماع المتلاعنين بعد اللعان

قال: «ولا يجتمعان[1] بعد ذلك أبداً»، وقال في (المنتخب)[2]: إلا أن يكذب الزوج نفسه، ويظهر التوبة، فيقام عليه الحد، فحينئذٍ يجوز لهما أن يجتمعا بتزويج جديد، وألحق الولد به.

ما ذكرناه من أنهما لا يجتمعان أبداً منصوص عليه في (الأحكام) [3]، وما ذكرناه بعد ذلك منصوص عليه في (المنتخب)، وكان أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - يجعل الروايتين رواية واحدة ، ويقول: إنهما لا يجتمعان أبداً، ويحمل ما في (المنتخب) على أن المراد به إذا فرق الحاكم قبل لعان المرأة على وجه الخطأ، ذكر ذلك في (النصوص)، وذلك بعيد؛ لأن يحيى - عليه السلام - علق في (المنتخب) جواز تزويجها به بأن يتوب، ويكذب نفسه، وشرط ذلك في إثبات النسب أيضاً، ولو كان ذلك خطأ من الحاكم في التفريق، لم يكن لذلك التفريق حكم، وإن جعل له حكماً، لم يجب أن يراعى ليزوجه بها ما راعى إذا لم يجعله واقعاً على لعان صحيح، على أنه لا فرق بينه وبين من جعل الروايتين رواية واحدة، وحمل ما في (الأحكام) على ما في (المنتخب) بأن قال: تقدير الكلام أنهما لا يجتمعان أبداً، إلا أن يكذب الزوج نفسه، فيكون ما ذهب إليه أقرب؛ لأن تعسفه أقل، واحتماله أظهر، والصحيح أنهما روايتان مختلفتان؛ لأن ذلك هو الظاهر من الكلامين، فما ذكرناه أولاً هو رواية (الأحكام)، وبه قال أبو يوسف، والشافعي.

وما ذكرناه ثانياً هو رواية (المنتخب)، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد.

ووجه رواية (الأحكام): أن النبي صلى الله /١٩٤/ عليه وآله وسلم قال لما فرق بينهما: «لا يجتمعان أبداً إلى يوم القيامة».

وفيما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده عن سهل بن سعد قال: حضرت النبي

---

(١) في (ب): ولم يجتمعا.

(٢) انظر: المنتخب ١٦١.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٧٠.

- صلى الله عليه وآله وسلم - حين لاعن بينهما، فمضت السُنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبداً[١].

وفيما رواه أبو داود في (السنن) بإسناده عن ابن عمر قال:قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها» [٢]، فمنع النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أن يكون له عليها سبيل على وجه من الوجوه، وذلك التحريم.

ويدل على ذلك ما رواه زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: «إذا فعلا ذلك - يعني تلاعنا - فرق بينهما الحاكم، فلم يجتمعا أبداً» [٣].

وأيضاً لا خلاف أن الزوج لو لم يُكذب نفسه أبداً، لم يرتفع ذلك التحريم، وكذلك إذا أكذب نفسه، والعلة أنه تحريم وجب باللعان، ويمكن أن يقاس ذلك على التحريم الواقع بالرضاع، بعلة أنه يحصل مع انتفاء الرق، ولا يرتفع بإصابة الزوج، ولا بغير دين، فوجب أن يكون مؤبداً، والأصول تشهد لذلك؛ لأنا لم نجد الإكذاب أوجب رفع شيء من التحريم الواقع بين الزوجين؛ ألا ترى أنه لو قال: هي لي ذات رحم محرم، أو قال: هي محرمة عليَّ للرضاع، ثم أكذب نفسه، لم يرتفع التحريم؟ وكذلك لو قال: طلقتها ثلاثاً، ثم أكذب نفسه، لم يرتفع التحريم، فوجب أن يكون كذلك حكم تحريم اللعان، على أن الإكذاب إذا لم يرفع التحريم الحاصل في الحال، لم يرفع التحريم المؤبد، على أنه إذا ثبت أن الفرقة الواقعة باللعان فسخ، فلا قول بعده إلا القول بأن تحريمها مؤبد.

فإن قيل: فإن اللعان يرتفع حكماً، فوجب أن يرتفع التحريم المعلق به.

قيل له: لو كان ذلك كذلك، لارتفع تحريم الحال، ولعادا زوجين.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨٨.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ٢/٢٨٥ - ٢٨٦.

(٣) مسند الإمام زيد كتاب الطلاق باب اللعان.

ووجه رواية (المنتخب): أن الزوج إذا أكذب نفسه، ارتفع حكم اللعان، بدلالة أنه يُحد، والولد إن كان نفي، فإنه يلحق به، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يرتفع التحريم المختص به، وإن لم يرتفع تحريم الحال، كما أن المطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً غير الأول، ارتفع التحريم المختص به، وإن لم يرتفع تحريم الحال.

ويمكن أن يقاس على التحريم الذي يقتضيه الطلاق في أنه لا يجب أن يتأبد، بعلة أنه تحريم لا يَرِد إلا على النكاح، ويمكن أن يقال: إنه تحريم لا يتعلق بحرمة نسب، ولا رضاع، ولا نكاح، فلم يجب أن يتأبد، دليله تحريم الطلاق، أو تحريم اختلاف الدينين، فإذا ثبت ذلك، فما روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – وعن أمير المؤمنين – عليه السلام – من أنهما لا يجتمعان أبداً، محمول على أنهما لا يجتمعان ما دام حكم اللعان باقياً، وكذلك ما روي من قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا سبيل لك عليها»، محمول على أنه لا سبيل لك عليها ما دامت على حكم اللعان، ويؤيِّد ذلك بالظواهر المتضمنة لإباحة النكاح.

مسألة: في كيفية اللعان

قال: وإذا أراد اللعان، قال الحاكم للزوج: قل والله العظيم إني لصادق فيما رميتها به من قذفي لها، ونفي ولدها، ويكون الولد في حجرها، ويشير الزوج إليه بيده، ثم يكرر ذلك أربع مرات، ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين فيما قذفتك به من نفي ولدك هذا، ثم يقول للمرأة: قولي والله العظيم إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي ولدي هذا، ثم تُكرر ذلك أربع مرات، ثم تقول في الخامسة: غضب الله عليَّ إن كان من الصادقين، وإذا قالا ذلك، فقد تم بينهما اللعان.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[1].

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِيْنَ..الآية﴾ (النور/ ٦)، وما رويناه بإسناده عن ابن عباس عن النبي – صلى الله

(١) انظر: الأحكام ١/ ٤٧٠. المنتخب ١٦٣.

عليه وآله وسلم - في اللعان على هذا الحد، ولا أحفظ فيه خلافاً، ويجب أن يبدأ بلعان الزوج؛ لأن الآية دلت على ذلك؛ ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ﴾، فعقّب الرمي بشهادة الزوج؟ ولأن الخبر كذا ورد، ولأن الزوج قد وجب عليه الحد، فلا بد من إقامته، أو درئه باللعان، فلا يجب أن يتراخى عن وقت الوجوب.

مسألة: في الرجل ينفي الولد عنه وعن زوجته

قال: ولو أن رجلاً تحته امرأة، فجاءت بولد، فنفاه عن نفسه وعن المرأة، فعلى المرأة البينة أنه ولدها، ولدته على فراشه، فإذا أتت بالبينة، ثم نفاه الرجل بعد ذلك عن نفسه، وجب بينهما اللعان.

وهذا منصوص عليه في كتاب الحدود من (المنتخب)[1].

ووجهه: أنه إذا نفى أن يكون الولد ولداً له ولها، فلم يقذفها، ولم ينف ولداً يجب إلحاقه به، فلم يلزمه اللعان؛ لأن اللعان يجب للقذف، أو لنفي مولود له على فراشه، فأما إذا أقامت المرأة البينة على أنها ولدته على فراشه، وجب أن يلحق به، فإذا نفاه بعد ذلك، لزمه اللعان كما يلزمه لو نفى ولداً يقر بأنه ولد على فراشه؛ لأنه لا فصل بين أن يقر هو بأنه ولد على فراشه وبين أن يثبت ذلك بالبينة.

فإن قيل: أليس من مذهبكم أن إقرار المرأة بالولد جائز كإقرار الرجل، فلِمَ ألزمتموها البينة على أنها ولدته؟

قيل له: إنما يجوز ذلك إذا كان إقرارها به لا يُلزم غيرها حكماً، فأما إذا كانت تلزم الزوج نسبه بإقرارها، فذلك لا يثبت إلا بالبينة.

مسألة: في قذف الرجل زوجته برجل معين

قال: ولو أن رجلاً قذف زوجته برجل بعينه، فللرجل على زوجها الحد، سواء

---

(١) انظر: الأحكام ١/ ٤٧٠. المنتخب ٤٢١.

لاعن الرجل زوجته، أو لم يلاعنها، فإن ادعى المقذوف الولد، لم يثبت نسبه منه بدعواه، ويسقط الحد عن القاذف.

ما ذكرناه أولاً من إيجاب الحد للرجل المقذوف منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب) [(١)]، وما ذكرناه ثانياً من ادعاء المقذوف الولد منصوص عليه في (المنتخب) [(٢)].

وقال الشافعي: إذا لاعن الرجل زوجته ، سقط حد من قذفها به على سبيل التبع.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الغَافِلَاتِ**..الآية﴾ (النور/ ٢٣) ، ولا خلاف بين المسلمين أن حكم الذكور والإناث من أولي الإحصان إذا قذفوا سواء، فوجب أن يلزم الزوج الحد لقذفه الرجل الذي قذف زوجته به، لاعنها، أو لم يلاعنها.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿**وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ**..الآية﴾ (النور/ ٦)، و لم يخص من رماها مطلقاً، أو رماها برجل بعينه.

قيل له: هذه الآية أفادت الحكم بينه وبين زوجته، دون ما بينه وبين الأجانب، فلم يكن فيها دلالة على موضع الخلاف.

فإن قيل: هلال بن أمية حين قذف زوجته بشريك بن سحماء، لم يرو أنه حُد له، ولا أن شريكاً أقر بالزنى، ولا حصل عفو، فدل ذلك على أن حده سقط تابعاً للّعان.

قيل له: حد القذف لا يجب حتى يطالب المقذوف به، فيجوز أن يكون ترك حده لأن شريكاً لم يطالب به، فيكون هذا وجهاً غير الوجه الذي ذكرتم، ويدل على ذلك أنه لا خلاف في أنه لو قذفه مطلقاً، أو قذفه بغير زوجته، لم يسقط حده باللعان، فكذلك إذا قذفه بزوجته، والعلة أنه قذف من ليس بزوجة، أو يقال: لأنه قذف لمن لا لعان بينه وبينه، فوضح ما ذهبنا إليه [من] أن اللعان أوجب سقوط الحد عن الزوج؛

---

(١) انظر: الأحكام ٢/ ٢٧٠. المنتخب ١٦٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٦٠.

لأنه قام مقام البينة على صحة ما ادعاه، وقد علمنا أن لعانه لا يقوم مقام البينة على صحة ما ادعاه من قذف الأجنبي، فلم يجب أن يسقط حده بلعانه؛ ألا ترى أنه لو أقام /١٩٦/ البينة في الأجنبي، وجب أن يحد متى لم يأت بما يدرأ عنه الحد؟ كما أنه لو أقام البينة في الزوجة، وجب أن يحد متى لم يأت بما يدرأ عنها الحد، على أنا وجدنا اللعان حكماً يختص الزوجين، فلم يجب أن يكون له تأثير في غيرهما، كالظهار، والإيلاء، والطلاق.

فإن قيل: روي عن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – أنه قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».

قيل له: هاهنا لا شبهة فتوجب درء الحد.

وقلنا: إن المقذوف لو ادعى الولد، لم يثبت نسبه منه؛ لأنه يكون مدعياً له من زنى، وقد قال – صلى الله عليه وآله وسلم –: « الولد للفراش، وللعاهر الحجر ».

وقلنا: إن حده يسقط عن القاذف؛ لأنه يكون قد صدقه في قذفه، فلا يجب أن يحد له.

مسألة: في ابن الملاعنة يموت فيُكذب الزوج نفسه

قال: وإذا لاعن الرجل زوجته، وانتفى ولده، ثم مات الولد، واقتُسم ميراثه، ثم أكذب الرجل نفسه، وادعى الولد، لم يرجع على الذين اقتسموا ميراثه بشيء، ولو كانت المسألة بحالها، وكان لابن الملاعنة ولد، اعتزا إلى جده، وثبت نسبه منه.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[1]، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يثبت نسبه، ويرثه أبوه.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه إذا مات، فلا حكم يتعلق بنسبه إلا الإرث؛ لأن إكذاب الرجل نفسه، وإقراره بالولد، لم يتضمن سوى ادعاء المال، وقد ثبت أن الإنسان لا

(١) انظر: المنتخب ١٦١.

يستحق شيئاً من الأموال بادعائه، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم - (لو أُعطي الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم).

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن النسب ثبت، ويجب المال تبعاً؟

قيل له: إثبات النسب إنما هو إثبات أحكام، فإذا مات ابن الملاعنة، لم يتعلق بنسبه حكم إلا[1] الإرث، فإذا لم يثبت غيره، لم يصح أن يقال: هو تبع، وإذا لم يصح أن يكون تبعاً لغيره، وكان استحقاقه لا يثبت بدعوى من يدعيه، كما لا يثبت في سائر المواضع، صح ما ذهبنا إليه، وبطل القول بأنه يرث، يكشف ذلك أن اللقيط لو ادعاه مدع، صُدِّق، ولو ادعاه بعد موته، لم يكن لدعواه حكم، وكذلك من باع غلاماً وُلد عن حمل كان في ملكه، ثم ادعاه وهو حي، انفسخ البيع، وثبت نسبه، وإن ادعاه بعد الموت، لم يكن لدعواه حكم، ولم ينفسخ البيع، فكل ذلك يكشف أن دعواه الميتَ متى تجددت، كانت باطلة، فوجب أن يبطل مالا يثبت إلا على وجه التبع لها.

فإن قيل: فكيف تقولون إنه لو كان له ولد، ثبت نسبه؟

قيل له: لأن ولده إذا كان حياً يثبت نسبه، ويعلق الحكم عليه.

فإن قيل: ليس البائع للغلام الذي ذكرتم، لو[2] لم يدعه حتى يكبر، ويولد له، ثم يموت، أنه إذا ادعى بعد ذلك ولداً لا يثبت نسبه، فما أنكرتم أن يكون ذلك سبيل ولد ابن الملاعنة؟

قيل له: الفرق بينهما أن تثبيت نسب ولد الغلام لا يكون بدعوى مبتدأة، (فإذا مات أبوه، لا يصح تثبيت نسبه بدعوى مبتدأة)[3] لأنها لا تثبت إلا بعد تثبيت نسب أبيه بدعوى مبتدأة، وذلك لا سبيل إليه، وليس كذلك حال ولد ابن الملاعنة، لأن نسب أبيه كان ثابتاً بالفراش، وإنما انتفى باللعان، فإذا أكذب الملاعن نفسه، لم يُحتَجْ لتثبيت نسبه إلى أمر مبتدأ، فصح أن يثبت بالفراش المتقدم، ثم يثبت نسب أبيه.

---

(١) سقط من (أ) إلا ، وظنن عليها في الهامش.
(٢) سقط من (أ) : لو .
(٣) سقط من (ب) ما بين القوسين.

مسألة: في نفي الولد بعد الإقرار به أو السكوت عنه

قال: فإذا أقر الرجل بولده مرة، أو سكت حين يولد على فراشه، لم يكن له بعد ذلك نفيه.

ونص في (الأحكام) [(١)] على أنه لا إنكار له بعد الإقرار، ونص في (المنتخب) [(٢)] على أنه إن سكت حين يولد على فراشه، لم يكن له بعد ذلك إنكاره.

وأما ما قاله في (الأحكام) من أنه إذا أقر به فلا إنكار له بعده، فمما لا خلاف فيه، وسواء ولد على فراش ثابت، أو ولد من أمه، أو كان مجهول النسب.

والأصل فيه: ما ثبت أن من أقر بحق لغيره، فليس له /١٧٩/ إنكاره بعد ذلك، وسواء ذلك في الأموال والجنايات، وسائر الحقوق، فكذلك إذا أقر بولد؛ لأنه أقر بحق له، فلا إنكار له بعد ذلك.

فأما ما ذكرناه من أنه إذا سكت حين يولد على فراشه، لم يكن له نفيه بعد، فهو قول كثير من العلماء، وقال أبو يوسف، ومحمد: إن له أن ينفيه ما بينه وبين أربعين يوماً؛ لأنه أكثر مدة النفاس، والنفاس حال الولادة، وذلك لا معنى له، لأن حال الولادة حال الوضع فقط، فأما النفاس، فحكم يتعلق به، ولا يمتنع في الأحكام المتعلقة أن تتراخى وتتقدم، والاعتبار به لا وجه له، وأصل ما ذهبنا إليه ما لا خلاف فيه من أنه لو سكت زماناً طويلاً بعد الولادة والعلم بها، كالسنة ونحوها، لم يكن له نفيه بعد ذلك، فكذلك إذا مضت عليه ساعة، والمعنى أنه مضى عليه من الزمان ما يمكنه نفيه فيه فلم يَنفِ، وأيضاً لا خلاف أن حق النفي يبطل بالسكوت، فوجب أن يستوي فيه قليل المدة وكثيرها؛ دليله حق الشفعة.

فإن قيل: فهذا يعترضه خيار الرد بالعيب، وخيار الأمة إذا أعتقت تحت زوج، وخيار المولى في النكاح الموقوف، فإنكم لم تجعلوا شيئاً من ذلك على الفور.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/١٥٥ - ١٥٦، وانظر: الأحكام ٢/١٨٠.

(٢) انظر: المنتخب ١٦٤.

قيل له: شيء من تلك الحقوق عندنا لا تبطل بالسكوت بل تبطل بالرضا، ولا بد فيه من التعلق بنطق، أو ما يقوم مقامه مما يدل على الرضا، فلم يجب أن يكون بطلانه على الفور، وليس كذلك ما اختلفنا فيه من حق النفي؛ لأنه يبطل بالسكوت، والكف عن طلبه، فوجب أن يكون حكمه حكم الشفعة.

مسألة: في لعان المرأة في عدتها

قال: وللرجل أن يلاعن المرأة ما دامت في عدته.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [1]، ونص فيه على أنه لا فصل بين أن تكون في عدته من طلاق رجعي، أو بائن.

ووجهه: ما لا خلاف فيه أنه يلاعنها ما دامت في عدته من طلاق رجعي، فكذلك ما دامت في عدة من طلاق بائن، والعلة أنها في عدة من نكاح، أو تقاس على من لم يطلق، بعلة أنها ممنوعة من التزويج لحرمة الزوجية التي انعقدت بينهما، وليس لهم أن يعترضوا ذلك بأن يقولوا: العلة بقاء الزوجية بينهما؛ لأن ذلك لا يمنع من قياسنا الذي اعتمدناه، على أن اللعان موضوعه لنفي الولد، ودفع العار، وكل ذلك حاصل ما دامت موقوفة عليه بالعدة؛ ألا ترى أن حكم فراشها منه ثابت، فوجب أن يكون حكمها في باب اللعان حكم الزوجة؟ يوضح ذلك أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «ادرؤوا الحدود ما استطعتم»، فلو لم يوجب بينهما اللعان، لأوجبنا إقامة الحد.

فإن قيل: واللعان أيضاً حد؛ لأنه قائم مقامه.

قيل له: لسنا نسلم ذلك، بل اللعان قائم مقام البينة، وهو يدرأ الحد؛ لأن الرجل عندنا لو أبى اللعان، حُدَّ، وقد قال الله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ (النور /٨)، وبيَّن أن لعانها يدرأ عنها العذاب الذي هو الحد، فصح أن اللعان ليس بحد، فيسقط الاعتراض به.

---

(١) انظر: المنتخب ١٦٤.

فإن قيل: فاللعان عندكم يوجب التفريق، فلا معنى له بعد مفارقة الزوج لها.

قيل له: قد مضى في كتابنا أن الفرقة الواقعة باللعان فسخ، والفسوخ يجوز أن تعرض في العدة، وإنما الممتنع عندنا في عدة الطلاق هو فرقة الطلاق، فلا سؤال علينا في هذه.

فإن قيل: ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ (النور /٤) يحجكم.

قيل له: هذا مخصوص بالأدلة التي اعتمدناها.

مسألة: في موت القاذف قبل اللعان

قال: وإذا قذف الرجل زوجته، ونفى ولدها، ثم مات قبل أن يلاعنها، لم يَنتفِ الولد.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[1]، وهو مما لا خلاف فيه، ولأن النسب ثابت؛ لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: « الولد للفراش، وللعاهر الحجر »[2]. وإنما /١٩٨/ ينتفي بنفي الحاكم له بعد اللعان الواقع، فإذا مات قبل أن يقع، فلا وجه لنفيه، فوجب أن يكون ثابتاً.

---

(١) انظر: الأحكام ٢/٢٦٩ ولكنه قال: (ورثها وورثته؛ لأنه لم ينفذ لعانها وهي على نكاحهما) ولم يذكر انتفاء الولد.

(٢) سقط من (ب) وللعاهر الحجر.

كتاب
النفقات

باب القول في نفقة الزوجات

مسألة: في صفة الزوجة التي يجب الإنفاق عليها

يجب للزوجة على زوجها النفقة على قدر إيساره وإعساره، سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة، مدخولاً بها أو غير مدخولاً بها، يصلح مجامعة مثلها أو لا يصلح، ما لم تحبس نفسها عنه مع التمكن من تسليمها، فإن حبست نفسها، فلا نفقة لها.

ما ذكرناه من وجوب نفقة المرأة على زوجها على قدر إيساره وإعساره، وإن كانت غير مدخول بها، ما لم تحبس نفسها عنه، وإن حبست نفسها، فلا نفقة لها، منصوص عليه في كتاب الطلاق من (الأحكام) [1]، وما ذكرناه من وجوب نفقة الصغيرة التي لا تصلح للجماع على زوجها منصوص عليه في كتاب النكاح من (المنتخب) [2].

والأصل في إيجاب نفقة المرأة على زوجها: قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللهُ بِهِ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ**.. الآية﴾ (النساء/٣٤)، وقوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَولاَدَهُنَّ**..الآية﴾ (البقرة/ ٢٣٣).

وروى أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - حدثنا محمد بن الحسين بن علي العلوي، حدثنا أبي، حدثنا زيد بن الحسين، عن ابن أبي أويس، عن ابن ضميرة، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - خطب يوم النحر، بمنى، في حجة الوداع، فقال فيها: «استوصوا بالنساء خيراً»، إلى أن قال: «ولهن عليكم من الحق نفقتهن، وكسوتهن بالمعروف»، على أنه لا خلاف فيه بين العلماء.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٩٤/١، وهو من كتاب النفقات.

(٢) انظر: المنتخب ١٢٧.

فأما ما ذهبنا إليه من أن المدخول بها، وغير المدخول بها، في ذلك سواء، فبه قال أبو حنيفة.

ويدل على ذلك ما ذكرناه من الكتاب والسنة، على أنه لا خلاف أن المدخول بها إذا لم تمنع نفسها من زوجها، لزمته نفقتها، فكذلك التي لم يدخل بها، والمعنى أنها غير ممتنعة على زوجها، وتبيين صحة هذه العلة أنها لو نشزت من زوجها حتى صارت ممتنعة على زوجها، لم يلزم لها نفقة[1].

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن نفقتها لزمت لتسليمها نفسها؟

قيل له: قد علمنا لو سلمت نفسها، ثم امتنعت، أسقطت نفقتها، فبان أن وجوب النفقة تعلق بألا يكون من قِبَلها امتناع على زوجها، وإذا ثبت ذلك، بان أنه لا فرق بين أن يكون التسليم حصل، أو لم يحصل.

فأما ما ذهبنا إليه من أنها وإن كانت صغيرة لا تصلح للمجامعة، فإن لها النفقة، ففيه خلاف بيننا وبين أبي حنيفة.

ويدل على ما ذهبنا إليه: ما قدمنا ذكره من الكتاب والسنة في الكبيرة[2]، وكذلك الصغيرة التي ذكرنا[3]، يدل على ذلك أنها غير ممتنعة على زوجها، ويمكن أن تقاس بهذه العلة على من مرضت مرضاً لا يستطاع معه جماعها، أو أحرمت بإذن زوجها، في أن نفقتها لا تسقط.

فإن قيل: المرض عارض، وكذلك الإحرام، فلا يجب أن يكون حكمها حكم الصغيرة.

قيل له: قد علمنا أن النشوز يكون عارضاً، وإن أوجب سقوط النفقة، فدل ذلك على أن ما يوجب سقوط النفقة، لا يؤثر فيه كونه عارضاً، أو غير عارض، فلو كان

---

(١) في (أ): نفقتها.

(٢) سقط من (أ): في الكبيرة .

(٣) في (أ): ذكرناها.

تعذر الوطء يوجب سقوط النفقة، لاستوى كونه عارضاً، أو غير عارض، ويدل على ذلك أيضاً ما أجمعنا عليه من أن الصغَر لا يُسقط استحقاق المهر، فوجب ألا يسقط استحقاق النفقة، والعلة أن كل واحد منهما حق في مال يجب للمرأة على زوجها لأمور تتعلق بالزوجية، يبين ذلك ويوضحه أن النفقة ليست بدلاً للبضع كالمهر، فلا يجب أن يَقِفَ وجوبها على تسليم البضع؛ ألا ترى أنها لو وُطئت، ثم نشزت، لاستحقت المهر، و لم تستحق النفقة؟

هذا، وقد يجب المهر من غير تسليم البضع على بعض الوجوه، فتارة يلزم منه الشطر، وتارة /١٩٩/ الكل، فكانت النفقة بذلك أولى.

فإن قيل: الناشزة سقطت نفقتها لتعذر وصول الزوج إلى الاستمتاع، فكذلك الصغيرة.

قيل له: هذا يفسد بمن سافر عن زوجته، أو أحرمت زوجته بإذنه، فلا يصح التعويل عليه، على أن الناشزة إنما وجب سقوط نفقتها؛ لأنها عصت بالامتناع، وليس يلزم على ذلك الأمة المزوجة التي لم تُسلّم إلى زوجها؛ لأن هذا إيجاب الحكم بغير تلك العلة، وهذا شائع غير ممتنع، على أنا لو زدنا في العلة بأنها ممن أوجب العقد تسليم نفسها، لزال هذا الاعتراض بواحدة؛ لأن عقد الأمة لا يوجب تسليم نفسها؛ إذ بقي عليها حق الخدمة.

ويمكن أن تحرر العلة على هذا المعنى أيضاً، فيقال: لَمَّا لم يكن من الصغيرة امتناع بمعصية في عقد أوجب تسليم نفسها، لم يجب أن تسقط نفقتها، قياساً على الحرة البالغة الممكّنة[1] من نفسها.

فإن قيل: النفقة جُعلت في مقابلة الاستمتاع، فإذا فقد الاستمتاع، فلا نفقة.

قيل له: ليس ذلك كذلك، بل النفقة جُعلت في مقابلة بذل نفسها، فإذا حصل البذل، وجبت، فأما إذا حبست نفسها على الوجه الذي ذكرنا، فلا خلاف في أنها تكون ناشزة، وأن نفقتها تسقط.

---

(١) في (ب): المتمكنة.

ووجه قولنا: إنها بحسب الإعسار واليسار: قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ..الآية﴾ (الطلاق/ ٧)، وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا﴾ (الفرقان/٦٧)، وقد علمنا أن الغني يكون بالقليل مقتراً، والفقير بالتوسعة مسرفاً، والمقادير المذكورة في هذا الباب محمولة على أنها قدرت على حسب أحوال أقوام وعاداتهم.

فصل: في منع المرأة نفسها طلباً لمهرها

قال أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى -: المروي عن القاسم - عليه السلام - أنها إن منعت نفسها لاقتضاء مهرها، لم تسقط نفقتها، وبه قال أبو حنيفة.

ووجهه: ما استدللنا به من الأثر والآية، وهي أيضاً غير ممتنعة بمعصية في عقد أوجب تسليم نفسها، فوجب أن تجب نفقتها، قياساً على الْمُحرِمة بإذنه، أو المريضة، على أن امتناعها في الحقيقة في حكم امتناع الزوج؛ لأن الزوج يمكنه إزالة الامتناع بتوفير[١] المهر، فيجري ذلك مجرى ألا تكون منه مطالبة بالكون عنده مع بذلها نفسها، في أن النفقة تجب لها.

مسألة: في مطالبة الزوجة أو وليها بالنفقة

قال: وللزوجة أن تطالب الزوج بالنفقة إن كانت كبيرة، ولوليها أن يطالب بالنفقة إذا كانت صغيرة.

قد نبه في كتاب النفقة من (المنتخب) [٢] على ما ذكرناه في الكبيرة، وفي كتاب النكاح من (المنتخب) [٣] على ما ذكرنا في الصغيرة.

ويجب أن يكون المراد بولي الصغيرة هاهنا من يتولى عليها في مالها، كالأب، أو وصيه، أو الجد، أو الحاكم، أو من يوليه، دون من يتجرد لهم ولاية النكاح فقط،

---

(١) في (أ): بتوفية.

(٢) انظر: المنتخب ٣٧٢ ، ٣٧٣.

(٣) انظر: المنتخب ١٢٧.

كالأخ، وابن الأخ، والعم، وابن العم، وعلى هذا خرَّجه أبو العباس الحسني - رحمه الله تعالى - في (النصوص)، أن من قدمنا ذكرهم لهم الولاية في المال، من دون من ذكرناهم ثانياً.

ووجهه: أن هذه الولاية ولاية تختص المال، فوجب أن تكون البالغة أولى بها، كما أنها أولى بسائر أموالها وحقوقها المتعلقة بالأموال، إذ ليس لأحد أن يتولاها عليها[1].

وقلنا: إن ولي الصغيرة يطالب عنها؛ لمثل ما ذكرناه؛ لأن له التصرف في مالها وحقوقها المتعلقة بالأموال إذا تحرى نفعها، فكذلك ما ذكرناه، على أنه إذا ثبت استحقاقها للنفقة، فلا خلاف بعد ذلك في أن للكبيرة أن تطالب بها، وأن لولي الصغيرة أن يطالب عنها، كحكمه في سائر حقوقها.

مسألة: في الزوج يطالَب بالنفقة فلا يؤديها

قال: وإذا طولب الزوج بالنفقة، وغاب مدة، أو هرب، أو غفل عنها، أو دافع بأي وجه من المدافعة، طولب بعد ذلك بنفقة ما مضى، وكذا القول إن كان الولي هو المطالب عنها.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[2]. وحقق أبو العباس الحسني - رضي الله عنه- في (النصوص) أنها كالدين، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلزم، إلا أن يفرض لها الحاكم، أو يقع التراضي بها.

والأصل في لزومها على الأحوال كلها: ما قدمنا /٢٠٠/ ذكره من الآية والخبر؛ لأنهما لم يخصا حالاً من حال، ويدل على ذلك ما أجمعنا عليه أنها تصير لازمة بعد فرض الحاكم، أو حصول التراضي، فكذلك وإن لم يحكم الحاكم، ولم يحصل التراضي، والعلة أنها غير ممتنعة على زوجها على جهة المعصية، فوجب أن تكون نفقتها لازمة لزوجها، كالدَين.

---

(١) في (ب): فيها.

(٢) انظر: المنتخب ٣٧٢ - ٣٧٣.

ويبين أن الحكم تعلق بما ذكرناه أن الحاكم لو فرضها، أو حصل التراضي بها، ثم حصل النشوز من جهتها، لم يكن لها نفقة، ومتى أزالت النشوز، عاد وجوبها، فبان أن العلة ما ذكرناه.

ويدل على ذلك: أنها حق في مال جُعل في مقابلة بذل نفس المرأة، وجعل بدلاً له، فإذا سُلِّم البدل، وجب أن يستحق ما قابله من غير مراعاة حكم أو غيره، دليله سائر الأبدال.

فإن قيل: سبيلها سبيل نفقة ذوي الأرحام في أنها تسقط بالفوات.

قيل له: ليس كذلك؛ لأن نفقتهم لم تُجعل عوضاً عن شيء، كما أن نفقة الزوجة جعلت عوضاً من البدل؛ ألا ترى أنها لو نشزت، لسقطت نفقتها، ومتى بذلت نفسها، لزمت، معسرة كانت، أو موسرة؟ فبان أنها لم تلزم على طريق المواصلة والمواساة، كنفقة ذوي الأرحام التي لا يحكم لهم بها إلا مع الإعسار.

فإن قيل: لا يجوز أن تكون النفقة عوضاً من البدل؛ لأن الزوج قد استحق عليها ذلك بالعقد والمهر، ولا يجوز أن تستحق هي بدل المستحق عوضاً ثانياً.

قيل له: المستحق بالعقد والمهر هو الوطء فقط؛ ألا ترى أنها لو نشزت، وكانت تُمكّن من وطئها أوقات الحاجة إليه، لم يجب لها نفقة، وإن وجب المهر، وإنما تجب النفقة إذا حصل منها البدل؟ فبان أن البدل مستحق بالعقد مع المهر والنفقة، فالنفقة إذاً في مقابلة البدل.

مسألة: في إنفاق ولي الزوجة عليها أثناء مماطلة الزوج

قال: وإن كان الولي أنفق عليها في المدة التي دافع الزوج فيها بالمعروف، وجب ذلك[1] له على الزوج، وإن كان أسرف في النفقة، رجع منها بمقدار ما يكون بالمعروف، وهو فيما زاد عليها متبرع، لا يرجع به، وكذلك إن كان للمرأة مال، وأنفق عليها الولي، رجع على الزوج بمقدار المعروف من النفقة.

---

(١) في (أ): وجب له.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [١].

ووجهه: ما قد بيناه من أنها لازمة زوجها، وجارية مجرى الدين، فإذا امتنع من توفيتها، فإنّ إنفاق الولي عليها، أو إنفاقها على نفسها، لا يسقط حقها؛ فلذلك[٢] قلنا: إن له الرجوع بذلك على الزوج.

وقلنا: إن له الرجوع بمقدار المعروف منها؛ لأن ذلك هو الواجب دون ما زاد عليه، فلم يجز له أن يرجع على الزوج بالزيادة؛ إذ هي غير لازمة له.

مسألة: في حبس الزوج إذا ماطل بالنفقة

قال: وإن ماطل الزوج، حُبِس لها، ولا تحبس المرأة عن الزوج إن كان موضعهما من الحبس موضعاً مستوراً عن الناس، فإن لم يكن الموضع كذلك، جاز لها أن تحبس.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[٣].

ووجه قولنا: إن الزوج إن ماطل حبس لها؛ لأن وجوب النفقة قد ثبت، وجرى مجرى سائر الديون، فقلنا: إن الزوج متى امتنع من توفيتها، حبس كما يحبس إذا امتنع من توفية سائر الديون التي عليه.

وقلنا: إن المرأة لا تحبس عنه إذا كان في الحبس موضع مستور عن الناس؛ لأنها لو امتنعت من غير عذر، كانت ناشزة، والنشوز معصية، وهو أيضاً يسقط ما بعد ذلك من نفقتها، فأما ما وجب من النفقة قبل ذلك، فلا يسقطه النشوز الواقع من بعد، فأما إن لم يكن في الحبس موضع على ما ذكرناه، جاز لها أن تمتنع من حضوره؛ لأنها ممتنعة بحق، كما تمتنع منه إذا كانت مُحرِمة، أو /٢٠١/ امتنعت من تسليم نفسها لاستيفاء مهرها، ولم يجب أن تسقط نفقتها فيما بعد أيضاً، لأنها ليست ناشزة، بل هي ممتنعة بحق على ما مضى القول فيه، وفي نظائره من المسائل.

---

(١) انظر: المنتخب ٣٧٣.

(٢) في (ب) فكذلك .

(٣) انظر: المنتخب ٣٧٣.

مسألة: في نفقة المطلقة طلاقاً رجعياً

قال: وإذا طلق الرجل زوجته، وجب عليه نفقتها ما دامت في عدته، تطاول زمان العدة، أم تقاصر، فإن كانت التطليقة رجعية، وجب لها السكنى مع النفقة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١] و(المنتخب) [٢].

والأصل في إيجاب السكنى والنفقة للمعتدة قول الله تعالى بعد ذكر[٣] الطلاق، ووصف أحوال العدة: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِن وُجْدِكُمْ..الآية﴾ (الطلاق/٦)، على أن الجملة التي ذكرنا مما لا خلاف فيه، والمطلقة الرجعية لم يختلف المسلمون في أن لها السكنى والنفقة، وإنما الخلاف في غير ذلك مما نبين تفاصيله - بعون الله تعالى- ولا خلاف أيضاً أن طويل المدة في العدة كقصيرها.

مسألة: في نفقة المطلقة بائناً

قال: وإن كانت التطليقة بائنة، وجبت النفقة دون السكنى.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٤] و(المنتخب) [٥].

واختلف أهل العلم في ذلك، فقال أبو حنيفة: لها النفقة، والسكنى. وقال الشافعي: لها السكنى، ولا نفقة لها. وذهبت[٦] الإمامية إلى أنها لا نفقة لها، ولا[٧] سكنى.

ونحن نبين أن لها النفقة، ولا سكنى لها، بقول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (الطلاق /٦)، فلم يستثن منهن البائن، فاقتضى العموم إيجاب النفقة على أولات الحمل إلى أن تنقضي عدتهن بوضع الحمل، بائناً

(١) انظر: الأحكام ٤٩٢/١.
(٢) انظر: المنتخب ١٤٦.
(٣) في (أ): ذكره.
(٤) انظر: الأحكام ٤٩٢/١.
(٥) انظر: المنتخب ١٤٦.
(٦) في (ب): ذهب.
(٧) في (أ): وأنه لا.

كانت، أو غير بائن، فإذا ثبت وجوب النفقة على المطلقة البائن إذا كانت ذات حمل بالآية التي ذكرناها - ولأنه مما لا أحفظ فيه خلافاً بين عامة الفقهاء - وجب أن يكون ذلك حكمها وإن كانت حائلاً، بعلة أنها معتدة من طلاق، ويمكن أن تقاس هذه العلة على المطلقة طلاقاً رجعياً؛ إذ لا خلاف[1] في أن النفقة واجبة لها.

فإن قيل: في البائن الحبلى وجبت نفقتها لأنها حبلى.

قيل له: قد علمنا أن الحبَل[2] لا تأثير له في إيجاب النفقة؛ لإجماع الكل على استواء وجوده وعدمه في عدة تطليق الرجعية[3]، على أن وجوب النفقة إما أن يكون حق الحمل، أو حق المرأة، فإن كان حق الحمل، وجب أن ينفق عليه من مال الحمل، إن كان له مال، ولوجب ألا[4] يراعى فيه كفاية المرأة، فلما روعيت فيه كفايتها، و لم ينفق عليها من مال الحمل، علُم أنها حق للمرأة المعتدة، فوجب أن يستوي فيه[5] الحامل والحائل، وأيضاً إذا ثبت وجوب النفقة للزوج لكونها محبوسة على زوجها غير ناشزة، وجب أن يلزم للمعتدة البائن لكونها محبوسة عليه من غير نشوز، وليس لهم أن يمتنعوا من تسليم أنها محبوسة على زوجها، وذلك أنه وإن لم يكن في الحال زوجاً، فإنه هو الذي ملك بضعها بالنكاح، وحبسها إنما هو للحرمة المتعلقة بذلك، فإذا ثبت الغرض[6] فيما ذكرناه، لم يَقدح فيه امتناعهم من إجراء الاسم عليه، يكشف ذلك أنها في حال الاعتداد موقوفة لحرمة الزوجية، ممنوعة من التصرف في نفسها كحالها وهي متزوجة، فوجب أن تلزم نفقتها كما لزمت في حال /٢٠٢/ الزوجية.

فإن قيل: هذا ينتقض بالمختلعة إذا خالعت على النفقة.

قيل له: نحن علَّلنا لإيجاب أصل النفقة لا أن يعتبر فيها الإبراء، فلا وجه لهذا السؤال.

---

(١) سقط من (أ): إذ لا خلاف .

(٢) في (أ): الحمل .

(٣) في (ب): الرجعة.

(٤) في (أ): أن يراعي.

(٥) في (أ): فيها.

(٦) في (أ) : فإذا أثبتنا الغرض .

فإن قيل: فقد روي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت: طلقني زوجي البَتَّة، فخاصمته إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في السكنى والنفقة، فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة[1]. وهذا نص يعترض قياسكم.

قيل له: قد روي أن زوجها لما طلَّق، بعث إليها النفقة، فاستَقَلَّتها، فخاصمت[2]، فيمكن أن يكون قولها: إن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يجعل لي[3] نفقة، محمولاً على أن المراد به أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يجعل لي نفقة زائدة على ما بعث، وإذا كان هذا هكذا، لم يكن لخصمنا التعلق به.

أخبرنا بذلك أبو بكر المقرئ، حدثنا الطحاوي، حدثنا روح، حدثنا يحيى بن عبدالله بن بكير، حدثني الليث، عن أبي الزبير المكي، أنه سأل عبدالحميد بن عبدالله بن أبي عمرو بن حفص، عن طلاق جده أبي عمرو فاطمةَ بنت قيس، فقال له عبدالحميد: طلقها البتة، ثم خرج إلى اليمن، ووكَّل عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها ببعض النفقة، فسخطتها، فقال لها عياش: مالَكِ علينا من نفقة، ولا سكنى، فسألت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: «ليس لك نفقة ولا سكنى، ولكن متاع بالمعروف»[4]، فدل ذلك على أن الذي أراده - صلى الله عليه وآله وسلم - بقوله: «ليس لك نفقة»، هو الزائد على الذي بعث إليها.

وأخبرنا أبو بكر المقرئ، حدثنا الطحاوي، حدثنا ابن مرزوق، حدثنا وهب، حدثنا سعد بن أبي بكر، عن أبي بكر بن أبي الجهم، قال: دخلت أنا[5] وأبو سلمة إلى فاطمة بنت قيس، فحدَّثَت أن زوجها طلقها طلاقاً بائناً، وأمر أن يرسل إليها بنفقتها

---

(١) أخرجه مسلم ١١١٨/٢، وابن حبان ٦٣/١٠، والدارمي ٢١٨/٢، وأبو عوانة ١٨١/٣، وأبو داود ٢٨٧/٢، وابن ماجة ٦٥٦/١.

(٢) أخرجه أبو عوانة ١٧٦/٣، وعبد الرزاق ١٩/٧، والطحاوي ٦٤/٣، وأحمد ٤١٤/٦، والطبراني في الكبير ٣٧٢/٢٤.

(٣) في (ب): لها.

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٦٥/٣، وفيه: عن طلاق جده أبي عمر وفاطمة بنت قيس. وفيه أيضاً: ليس لك نفقة ولا مسكن ولكن متاع بالمعروف، أخرجي عنهم.. إلخ.

(٥) في (أ): أنا وأبو خيثمة.

خمسة أوساق، فأتيت النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقلت: إن زوجي طلقني، ولم يجعل لي السكنى، ولا النفقة [١].

فدل هذان الخبران أن نفقتها[٢] كانت قد بُعثت إليها، وأنها كانت تطلب الزيادة، فمنعها عن طلبها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -.

وذكر أبو العباس الحسني - رحمه الله - في كتاب (الإبانة) أنه روى عن عبدالرحمن بن المهدي، حدثنا سفيان عن أبي بكر بن أبي الجهم قال: سمعت فاطمة بنت قيس تقول: أرسل زوجي أبو عمرو بن حفص عياشَ بن أبي ربيعة بطلاقي، فأرسل إليَّ خمسة أصوع من شعير، وخمسة أصوع من تمر[٣].

فإن قيل: فإن في الخبر الأول أنه بعث إليها خمسة أوساق، وفي الخبر الثاني بعث إليها خمسة أصوع من شعير، وخمسة أصوع من تمر، وهذا ضرب من التعارض.

قيل له: لا يمتنع أن يكون الذي بعث أولاً عشرة آصع[٤]، وأنه أكمل خمسة أوسق بعد ذلك، فتارة أخبرت عما حُمل إليها أولاً، وتارة عما حمل إليها ثانياً، فلا يكون في ذلك تعارض.

فإن قيل: لو كان حمل إليها خمسة أوساق[٥]، ما كانت تستقلها.

قيل له: يجوز ألا يكون الجميع كان لنفقة عدتها، بل كان بعضها مما[٦] لزمه من نفقتها المتقدمة، ويجوز أن يكون امتد زمان أقرائها، فتطاولت مدة العدة، فاستقلته.

فإن قيل: فلو كان ذلك كذلك، لم ينكر عمر قولها.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار، وفيه: فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت، وفيه أيضاً: حدثنا سعيد، بدلاً عن: سعد.

(٢) في (أ): النفقة.

(٣) وأخرجه ابن حبان ١٠/٦٦، وأبو عوانة ٣/١٥٤، والبيهقي ٧/٤٧٣.

(٤) في (أ): أصواع.

(٥) في (ب): أوسق.

(٦) في (أ): لما.

قيل له: يجوز أن يكون عمر سمع ظاهر قولها، ولم يعرف ما كان وصل إليها، وأنها نفت الزائد من النفقة، فأنكر ظاهر إطلاقها أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يجعل لها نفقة.

فأما ما يدل على أنه[١] لا سكنى [٢] لها، فهو: ما أخبرنا به أبو بكر المقرئ، حدثنا الطحاوي، حدثنا صالح بن عبد الرحمن الأنصاري، حدثنا سعيد بن /٢٠٣/ منصور، حدثنا هشيم، حدثنا مغيرة، وحصين، وأشعث، وإسماعيل بن أبي خالد، وداود، وسيار، ومجالد، عن الشعبي، قال: دخلت على فاطمة بنت قيس بالمدينة، فسألتها عن قضاء رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - عليها فقالت: طلقني زوجي البتة، فخاصمته إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - في السكنى والنفقة، فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة، وأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم[٣]. وقال مجالد في حديثه: يابنة قيس، إنما السكنى والنفقة لمن كانت له الرجعة.

فقولها: لم يجعل لي سكنى ، دليل على أن المبتوتة لا سكنى لها [٤]، وكذلك ما رواه مجالد عنها، أنه - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «يابنة قيس، إنما السكنى والنفقة لمن كانت له الرجعة»، نص فيما نذهب[٥] إليه، وكذلك قول عبدالحميد بن عبدالله بن أبي عمرو بن حفص: أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال لفاطمة بنت قيس: «ليس لك نفقة ولا سكنى، ولكن متاع بالمعروف»، دليل على صحة ما نذهب إليه من أنها لا سكنى لها.

فإن قيل: فإن عمر أنكر هذا الحديث، ومن شرط قبول خبر الواحد ألا يكون للسلف نكير فيه.

قيل له: ليس الأمر على ما ذكرت، بل يجب للمنكر أن يذكر للإنكار وجهاً يجوز

---

(١) في (أ): أنها.
(٢) في (ب): لا سكنى ولا نفقة.
(٣) في (أ): في بيت أم مكتوم.
(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٦٤/٣.
(٥) في (ب): ذهب.

أن يُنكرَ من أجله، وعمر لم يزد على أن قال: لا نقبل خبر امرأة لا تدري أصدقت، أم كذبت، في بعض الأخبار، وفي بعضها: أو سَهِيتَ. وهذا لا يجوز أن يكون وجهاً للإنكار؛ ألا ترى أنا لو جعلنا ذلك وجهاً للإنكار، لوجب أن ننكر جميع أخبار الآحاد؟ لأن كل خبر الواحد يجوز على راويه الكذب والسهو، ولا ندري أصدق، أم لا، فلما كان هذا هكذا، لم يكن ذلك وجهاً يُنكر من أجله خبر الواحد، فوجب أن يسقط إنكار عمر له.

فإن قيل: فإنه قال: لا نقبل على كتاب ربنا، وسنة[١] نبينا - صلى الله عليه وآله وسلم - خبر امرأة لا ندري أصدقت، أم لا. فبيَّن أنها اعترضت بخبرها[٢] على كتاب الله وسنة نبيه - صلى الله عليه وآله وسلم - فوجب أن يسقط خبرها.

قيل له: الاعتراض على وجهين:

أحدهما: أن يعترضه اعتراض الْمُخصِّص، فهذا جائز غير ممتنع؛ لأن عمومات القرآن قد تخصص بخبر الواحد.

و[الثاني]: قد تعترض اعتراضاً يوجب رفع حكمه رأساً، وهذا مما لا يجوز، و لم يثبت في كتاب الله تعالى ولا سنة[٣] رسوله لفظ لا يحتمل التأويل، ويكون خبر فاطمة بنت قيس يوجب رفع حكمه رأساً، فسقط هذا الاعتراض.

على أن عمر بيَّن أنه رد خبرها، لأنه لا يدري، أصدقت، أم كذبت، فلو كان رده له لأنه رافع لحكم الكتاب والسنة رأساً، لم يقل ذلك، فإنه ما يجري[٤] هذا المجرى لا يقبل، وإن ورد من جهة من يطلق أنه ثقة عدل.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، ثم قال: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ﴾ (الطلاق /١)، وقال أيضاً بعد ذكره سبحانه أحكام العدة: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ

(١) في (أ): وعلى سنة.
(٢) في (ب): اعترضت على.
(٣) في (أ): ولا في سنة.
(٤) في (ب): فإنه يجري.

حَيْثُ سَكَنتُم مِن وُجْدِكُمْ﴾ (الطلاق /٦)، فكانت الآيتان عامتين في البائنة وغير البائنة في إيجاب السكنى لها.

قيل له: لو ثبت ما ادعيتم من عموم الآيتين، لوجب أن تكونا مخصوصتين بما رويناه عن فاطمة عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وعن عبدالحميد بن عبدالله، عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - في شأنها، على ما بيناه، على أن في كل[1] واحدة من الآيتين ما يدل على أنها خاصة في المعتدة من الطلاق الرجعي؛ ألا ترى أنه قال بعد قوله تعالى: ﴿لا تُخرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ﴾، ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾، وقد روي في التفسير أن ذلك الأمر هو الرجعة، فدل ذلك على أن الآية فيمن طلقت تطليقة رجعية، على أنه ليس هناك أمر يتعلق بالعدة يُنتَظر حدوثه سوى الرجعة، فوجب[2] أن تكون هي المراد به.

فإن قيل: الرجعة هي فعل المراجع، فكيف يجوز أن يحدثه الله تعالى؟

قيل /٢٠٤/ له: المراد به أن الله تعالى يحدث ما يدعو إليها من الأسباب الداعية، وأما ما يدل على أن قوله سبحانه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِن وُجْدِكُمْ﴾، ومعناه: حيث سكنتم، و(من) هاهنا صلة[3]، وقد علمنا أن الْمُطَلِّق لا يجوز له مساكنة المطلقة، إلا أن تكون التطليقة رجعية، فأما البائن، فلا يجوز له مساكنتها؛ لأنها في حكم الأجانب؛ ألا ترى أنها لا تستباح إلا بعقد جديد؟ وإذا ثبت ذلك، بان أن الآية واردة في المعتدات من الطلاق الرجعي، ويدل على ذلك أنها ممن لم يبق لمطلقها عليها حق الاستمتاع، فوجب ألا يجب عليه لها السكنى، دليله إذا خرجت من عدتها ،(ويكشف أن السكنى تعلق بحق استمتاع الزوج، وأنها ليست كالنفقة، أن المرأة لو أبرأته من السكنى)[4] كان لزوجها أن يطالبها بأن تسكن حيث يسكنها، وليس لها أن تجعل سكناها لغيرها، والنفقة لو أبرأته المرأة منها، لم يكن له أن يطالبها

---

(١) في (ب): أن كل.

(٢) في (أ): فيجب.

(٣) كذا في النسخ.

(٤) ما بين القوسين سقط من (ب).

بالاستنفاق من نفقته، وكذلك إذا قبضت نفقتها، فلها أن تهبها من شاءت، وتتصرف فيها كيف شاءت، فدل ذلك على أن السكنى يتعلق بها حق الزوج، فإذا انقطعت حقوق الزوج من الاستمتاع عنها، وجب أن يسقط وجوب سكناها.

مسألة: في نفقة المختلعة

قال: والمختلعة إن خولعت على النفقة، فليس لها نفقة، ولا سكنى، فإن لم تخالع على النفقة، فلها النفقة دون السكنى.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١].

أما إن خولعت من غير اشتراط إسقاط النفقة، فقد دللنا في المسألة التي تقدمت أن لها النفقة دون السكنى، فلا وجه لإعادته.

وأما إذا خالعها عن[٢] النفقة، فإن النفقة تسقط؛ لأنها قد جعلت عوضاً للطلاق، كما سقط المهر إذا جعل عوضاً للطلاق، لأن كل واحد منهما حق في مال وجب بسبب النكاح، فوجب أن يصح إسقاطه بالمخالعة، وليس يمكن الاعتراض عليه بأن النفقة قد تدخل فيها الجهالة، فلا يصح أن تجعل عوضاً؛ لأن دخول الجهالة في أعواض الطلاق لا يبطلها كما يبطل المهر، وليس يصح أن يقال: إن إبراءها منها لا يصح؛ لأنها لم تجب بعد، ولم تصر المرأة مستحقة لها؛ لأنها تستحقها بعد الطلاق؛ لأن ذلك عندنا ليس بإبراء محض، لأنها لم تجعل العوض عنها، وقد علمنا أنها لو أعطيت نفقة العدة قبل الطلاق، صح ذلك، فلم يمتنع أن يعتاض الطلاق عن نفقة العدة قبل وجوبها.

مسألة: في نفقة المتوفى عنها

قال: والمتوفى عنها زوجها تجب نفقتها من جملة الميراث حتى تنقضي عدتها.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [٣] و(المنتخب) [٤].

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٢٥ .

(٢) في (ب): على.

(٣) انظر: الأحكام ١/٤٣٩ - ٤٤٠، ٤٩١.

(٤) انظر: المنتخب ١٤٢.

وذهب أكثر العلماء إلى أن لا نفقة لها، قال أبو العباس الحسني - رحمه الله -: وروي نحو قولنا عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، وقد روى هناد بن السري، عن الشعبي، عن علي - عليه السلام - وعبدالله بن مسعود، أنهما أوجبا النفقة للحامل المتوفى عنها زوجها، وروي نحوه عن شريح.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: ما أخبرنا به أبو العباس الحسني - رحمه الله - حدثنا محمد بن علي بن شروشان، حدثنا أبو حاتم الرازي، حدثنا أبو صالح كاتب الليث، عن معاوية بن صالح، عن علي بن أبي[1] طلحة، عن ابن عباس في قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِم مَّتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ (البقرة /٢٤٠)، قال: كان الرجل إذا مات، وترك امرأته، اعتدت سنة في بيته ينفق عليها من ماله، ثم أنزل الله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ (البقرة /٢٣٤)، فهذه عدة المتوفى عنها زوجها[2]، فبين أن الآية الآولى أوجبت على المتوفى عنها زوجها اعتداد سنة، وأوجب لها النفقة ما دامت في العدة، فلما نسخت المدة، بقي وجوب النفقة على ما كان عليه.

فإن قيل: فقد[3] روي عن عكرمة، عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: ﴿مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾: نسخ ذلك بآية الميراث[4].

قيل له: يجوز أن يكون ذلك قاله لرأي رآه، إذ ليس في ظاهر آية الميراث ما يوجب نسخ ما جعل لها من المتاع، وما كان كذلك، لم يلزمنا المصير إليه إلا بحجة.

فإن /٢٠٥/ قيل: فإذا كان المروي عن علي - عليه السلام - أنه أوجب النفقة للحامل، فكيف أوجبتموها للحائل مع قولكم: إنه لا يجوز أن يخالف؟

---

(١) في (ب): عن علي بن طلحة.

(٢) أخرجه البيهقي ٤٢٧/٧، والطبري في التفسير ٥٨٠/٢.

(٣) في (ب): روي.

(٤) أخرجه أبو داود ٢٨٩/٢، والنسائي ٣٩٧/٣.

قيل له: ليس فيما[١] روي عنه ما يدل على أنه - عليه السلام - لم يكن يوجبها للحائل، وجائز أن يكون سأله سائل عن الحامل إذا توفي عنها زوجها، فأفتى بإيجاب النفقة لها، فروى السامع ما سمعه يفتي به، لا أنه - عليه السلام - لم يكن يرى إيجابها للحائل، على أنها إذا وجبت للحامل، فيجب أن تجب للحائل قياساً عليها، والعلة أنها معتدة من وفاة، فوجب أن يكون نفقتها من جملة الميراث، ولا خلاف أنها لو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً، لوجبت النفقة لها، فكذلك إذا توفي عنها زوجها، والمعنى أنها معتدة عن نكاح، ومحبوسة[٢] بحرمة النكاح، ويؤيد هذه العلة أنها إذا كانت متزوجة، يجب لها النفقة بهذه العلة، ومتى زالت، زال الحكم.

فإن قيل: فإن الرجل إذا مات، انقطعت حقوقه عن ماله، فلا يجوز أن يتجدد ذلك بوجوب حق.

قيل له: يجوز أن يتجدد ذلك إذا كان السبب متقدماً، كما يتجدد وجوب الكفن والوصايا للأسباب التي تتقدم.

مسألة: في نفقة من أسلم زوجها أو العكس

قال: وإذا أسلم الكافر، ولم تسلم امرأته، فلا نفقة لها، فإن أسلمت هي، ولم يسلم الزوج، فلها النفقة ما دامت في العدة.

وهذا منصوص عليه في كتاب النفقات من (الأحكام) [٣].

ووجهه: أن الكافر إذا أسلم، ولم تسلم امرأته، فهي في حكم الناشزة؛ لأنها بإقامتها على الكفر ممتنعة من زوجها بمعصية؛ ألا ترى أنها لو أسلمت، لحلت لزوجها؟ فإذا ثبت أن إقامتها على الكفر امتناع عن[٤] الزوج بمعصية، وجب أن تسقط نفقتها، دليله الناشزة، فأما إن أسلمت هي، ولم يسلم، فإنها ممتنعة من زوجها

(١) في (ب): مما.
(٢) في (أ): أو محبوسة.
(٣) انظر: الأحكام ١/٤٩٥.
(٤) في (ب): من.

بحق، وممكن لزوجها إزالة ذلك المانع بأن يسلم، فسبيلها سبيل من منعت نفسها لاقتضاء مهرها قبل الدخول في عقد أوجب تسليم نفسها، في أن نفقتها واجبة؛ لأنها امتنعت بحق، على ما سلف القول فيه، وهاتان المسألتان مبنيتان على أن الفرقة لا تقع بينهما إلا بانقضاء العدة، وقد بينا الكلام في ذلك فيما تقدم من كتاب النكاح، فلا وجه لإعادته.

باب القول في نفقة الموسر على قريبه المعسر

مسألة: في نفقة الأبوين وذوي الأرحام

يجب على الموسر رجلاً كان أو امرأة، صغيراً كان أو كبيراً نفقة أبويه إذا كانا معسرين، مسلمَين كانا أو كافرين، فأما سائر الأقرباء، فلا نفقة لهم إلا إذا كانوا مسلمين.

وهذا جميعه منصوص عليه في (الأحكام)(١).

ووجه قولنا: إنه لا فصل بين أن يكون الذي لزمته نفقة أبويه(٢)، أو غيرهما من أقاربه، رجلاً أو امرأة، صغيراً أو كبيراً: هو أن الحقوق المتعلقة بالأموال استوى فيها الرجال والنساء، والصغار والكبار، إذا اشتركوا في السبب الموجِب لها، كذلك الجنايات التي يتعلق بها الأموال لا فصل بينهم فيما يلزم من طريق المال، فكذلك(٣) لا فصل بينهم في باب العشور، وعندنا في سائر الزكوات، فإذا ثبت ذلك، وكان الموجب للنفقات هو الرحم، والنسب، فيجب أن يستوي الرجال والنساء، والصغار والكبار فيها؛ لاشتراكهم في سببها، وهو(٤) النسب، والرحم.

وقلنا: إن نفقة الأبوين واجبة، مسلمَين كانا، أو كافرين، لقول الله تعالى: ﴿**وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَى أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً**﴾ (لقمان /١٥)، والمصاحبة في الدنيا على سبيل المعروف تقتضي ألا يشبع ويجوعان، وألا يكتسي ويعريان، مع قدرته على أن يشبعهما ويكسوهما، ويدل على

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٩٦ ، ٤٩٨.

(٢) في (أ): نفقته.

(٣) لعله: وكذلك .

(٤) في (ب): وهي.

ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله /٢٠٦/ وسلم: «أنت ومالك لأبيك»[١]، فاقتضى ظاهره أن يكون للأب - معسراً كان أو موسراً، كافراً كان أو مسلماً - أن يتصرف في مال ابنه، فلما أجمعوا على أنه ممنوع من ذلك فيما زاد على قدر الحاجة عند الإعسار، بقي ذلك على مقتضى الظاهر، مسلماً كان الأب أو كافراً، وإذا ثبت ذلك في الأب، ثبت في الأم؛ لاشتراكهما في الولادة، ولأن أحداً لم يفصل بينهما في هذا الباب.

وأما سائر الأقرباء، فقلنا: إنهم لا نفقة لهم على المسلم إلا إذا كانوا مسلمين؛ لأنه لا خلاف فيه، ولأن الحقوق التي بينهم منقطعة.

مسألة: في بيان النفقة التي يحكم بها

قال: والنفقة التي يُحكم بها هي: الإطعام، والكسوة، والسكنى، والخادم إن كان المنفَق عليه لا يطيق خدمة نفسه؛ لمرض، أو صغر، أو كِبَر.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٢].

ووجهه: قول الله تعالى: ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٣٣)، فدل على وجوب ما ذكرنا، ولأن إيجاب بعض ما قلناه ليس بأولى من إيجاب البعض؛ إذ الجميع قوام المرء وقوته الذي لا يستغني عنه.

مسألة: في تقسيم النفقة على حسب الإرث

قال: ويحكم على الموسر بنفقة قريبه المعسر إذا كان وارثاً له على قدر موروثه منه، فإن لم يكن وارثاً، فلا نفقة له عليه[٣]. وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[٤]،

---

(١) أخرجه ابن حبان ١٤٢/٢، والبيهقي ٤٨٠/٧، وأبو داود ٢٨٩/٣، وابن ماجة ٧٦٩/٢، وابن أبي شيبة ٥١٧/٤، وعبد الرزاق ١٣٠/٩.

(٢) انظر: الأحكام ٤٩٨/١.

(٣) سقط: عليه من (ب).

(٤) انظر: الأحكام ٤٩٦/١، والمنتخب ٣٧١.

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة، فذهب أبو حنيفة إلى أن النفقة تجب على كل ذي رحم محرم إذا كان من أهل الميراث. والشافعي قصره على الولادة فقط. وحكي عن الأوزاعي أنها على العصبة دون النساء. وحكي عن ابن أبي ليلى، وأبي ثور: أنها تلزم كل وارث بسبب.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٣٣)، ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى خصص الوالدين والورثة بالمنع من المضارة بالولد، ولا مضارة يقع التخصيص بالمنع منها إلا ترك الإنفاق، وما يتبعه، فثبت أنهم قد أوجب عليهم الإنفاق.

فإن قيل: ما تنكرون على من قال لكم: إن المراد به سائر الأضرار؟

قيل له: المنع من سائر الأضرار لا يختص به الوالدان والورثة؛ لأنهم والأجانب فيه سواء، فبان أن المراد ما ذهبنا إليه.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون المراد به وارثاً واحداً، وهو الجد؟

قيل له: الألف واللام يفيدان الجنس إذا دخلا في الكلام على هذا الحد، فلا يجوز أن يقتصر على وارث واحد إلا بالدلالة؛ لأنه يكون تخصيصاً، وتخصيص العموم لا يجوز إلا بالدلالة.

فإن قيل: نخصه بما روي من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه».

قيل له: هذا لا يتناول موضع الخلاف؛ لأن الخلاف واقع في لزوم الإخراج، وليس كذلك في الحديث.

فإن قيل: فقد روي عنه [1] - عليه السلام- أنه قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة».

---

(١) في (ب): عن علي.

قيل له: ما استدللنا به من الآية أخص بموضع الخلاف من هذا الخبر، فلا يجوز الاعتراض به علينا.

فإن قيل: فيجب أن تدخل فيها الزوجة، وولي النعمة.

قيل له: نخصهما بدلالة الإجماع، وقد روى هنَّاد تأويل هذه الآية على ما ذهبنا إليه، عن عطاء، وإبراهيم بأسانيده عنهما، ويمكن أن يستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ (الأنفال /٧٥)، ولم يبين[1] الأمر الذي يكون بعضهم أولى ببعض فيه، فوجب أن يكون عاماً في جميع ما يجوز أن يكون مراداً به؛ إذ ليس بعض ذلك بأن يكون مراداً أولى من بعض، فإذا ثبت ذلك، وجب أن يكون أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في الإنفاق عليه، وإذا ثبت ذلك، صح ما ذهبنا إليه.

ويدل على صحة ما ذهبنا إليه: ما أجمعنا عليه من أن الولد تلزمه نفقة /٢٠٧/ أبويه، وإن كان الأبوان يلزمهما نفقة الأولاد، فوجب أن يكون كل سبب من أهل الإنفاق يلزمه ذلك للفاقة، والعلة أنه سبب، أو يقال: إن الولد يلزمه نفقة أبيه الفقير، فكذلك سائر ما اختلفنا فيهم، والمعنى أن كل واحد وارث بسبب، وعلتنا أقوى من كل ما يعلل به المخالف؛ لأن كونه سبباً مما أجمع على أنه مراعى، وكونه وارثاً قد نبه النص عليه، ويمكن أن تقوى بأنها أعم من كل ما يعلَّل به في هذا الباب، وبأن فوائدها في الشرع أزيد، وبأنها تقتضي إيجاباً يسقطه ما يعارضها من العلل، وجميع ذلك هو استدلالٌ على أبي حنيفة والشافعي في المواضع التي يخالفانا فيها، وإن كان الكلام إذا كان مع أبي حنيفة أوسع مجالاً؛ لإيجابه النفقة على كل ذي رحم محرم، على أن أصحابه استدلوا بما استدللنا به من قوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٣٣)، ثم قالوا فيمن له خال وابن عم: إن النفقة تلزم الخال، وإن لم يكن وارثاً، وكان ابن العم وارثاً، قالوا: لأن الخال على الجملة من أهل الميراث، وهذا خلاف الظاهر، فوجب سقوطه.

فإن قيل: ما أنكرتم أن يكون ابن العم لا تلزمه النفقة، قياساً على مولى النعمة، والزوجة؛ لأنه ليس بذي رحم محرم؟

---

(١) في (ب): يتبين.

قيل له: العلة في ذلك أن كل واحد منهما ليس بذي رحم، وقد ثبت أنه مراعى في هذا الباب بالإنفاق، فإذا صح تعلق[1] الحكم بالإنفاق، لم يكن لإضافة وصف زائد إليه معنى، وهو قولهم: مُحرَّم، وكذلك من قال: إنها مقصورة على التعصيب، يحجهم ما قدمناه من الآية والعبرة.

مسألة: في فقد أحد شروط وجوب الإنفاق

ولو أن رجلاً معسراً كان له ابن معسر، وأخ موسر، فلا نفقة له على واحد منهما.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[2].

ووجهه: ما بيناه في المسألة التي قبل هذه، أن النفقة تلزم باجتماع أمرين: الرحم، والإرث، فإذا ثبت ذلك، سقطت النفقة عن الأخ الموسر؛ لأنه لا يرث مع الابن، وسقطت عن الابن؛ لكونه معسراً، فلم يلزم واحد منهما نفقته.

مسألة: في المعسر له سببان وارثان موسر ومعسر

قال: وإن[3] كان له أخوان أحدهما موسر، والآخر معسر، حكم بنفقته على الأخ الموسر، ورواية (المنتخب)[4] يحكم بنصف نفقته على الأخ الموسر، ولا يحكم بالنصف على واحد منهما.

ما ذكرناه أولاً هو رواية (الأحكام)[5].

ووجهه: أن هذا المعسر له سبب وارث ذو يسار، فوجب أن يحكم له بتمام قوته عليه.

---

(١) في (ب): تعلق الحكم به بالإنفاق و لم.

(٢) انظر: المنتخب ٣٧١.

(٣) في (ب): إذا.

(٤) انظر: المنتخب ٣٧٢، وهو بالمعنى فقط، و لم يذكر هذا المثال بعينه.

(٥) انظر: الأحكام ٤٩٦/١، وهو بالمعنى.

دليله: لو لم يكن له غير هذا الأخ الموسر، يؤكد ذلك ويوضحه أن المراعى فيه ليس هو بتحقيق الإرث، لأنا نجوز أن يكون الموسر يموت فيرثه المعسر، أو يموت قبل أخيه الآخر فينتقل كمال الإرث عنه، أو يموت ذلك فينتقل كمال الإرث إليه، وإنما المراعَى أن يكون هو في الحال وارثاً لو مات المعسر، فإذا ثبت ذلك، لم يجب أن يسقط عنه بعض النفقة؛ لكون غيره في حكمه في معنى الإرث.

فإن قيل: لو كان ذلك كذلك، لوجب أن يلزمه تمام النفقة، وإن كان الأخ الآخر موسراً.

قيل له: هذا لا يلزم؛ لأن الأخ الآخر إذا كان موسراً، فليس أحدهما بالإنفاق أولى من الآخر، فوجب أن يستويا فيه، على أنا قد علمنا أن اليسار شرط في لزوم النفقة كالنسب والإرث، فكما أنه لو زال كونه وارثاً، بأن يصير محجوباً، سقطت عنه النفقة، ولزم الوارث تمامها، وكذلك لو قدرناه غير نسيب، وإن كان وارثاً موسراً، لسقطت عنه، ولزم النسيب تمامها، فكذلك إذا فقد اليسار يجب أن يسقط عنه، ويلزم تمامها الموسر، إذ اليسار كالنسب في الإرث في هذا الباب، وأيضاً موضوع النفقة إنما هو لدفع الضرر عن المنفَق عليه، فلو[1] لم نحكم له بتمام نفقته، لم /٢٠٨/ نكن دفعنا عنه الضرر، وإلزام الأخ الموسر تمام النفقة أذهب في الباب الذي عليه وضعت النفقة من المواساة، ودفع الضرر، فوجب أن يكون أولى.

ووجه رواية (المنتخب): أن الأخوين لو كانا مؤسرين، للزم كل واحد منهما نصف النفقة، فكذلك إذا كان أحدهما معسراً، والعلة أن نصيبه من الإرث إنما هو النصف، ولأنه وجد النفقة مقسومة على حسب المواريث، فوجب أن يكون الذي لا يرث أكثر من النصف، لا يلزمه من النفقة أكثر من النصف، وأيضاً دفع الضرر لا يجب أن يراعى في كل وجه؛ ألا ترى أن من له أخ موسر وابن معسر، فلا نفقة له، ولا يدفع عنه ضرر الإعسار، لما لم يكن الوارث موسراً؟ فكذلك إذا كان غير وارث لبعض إرثه، لم يلزم أن يدفع عنه بعض الضرر.

---

(١) في (ب): فلعل الحكم بتمام نفقته لم يكن دفعنا عنه الإضرار.

مسألة: في المعسر له ابنان معسر ومؤسر

قال: وإن[١] كان للرجل ابنان، أحدهما موسر، والآخر معسر، حكم بنفقته كلها على الابن الموسر، في الروايتين جميعاً.

أما وجهه على رواية (الأحكام) [٢] فهو الذي مضى، وهو القياس، ويمكن أن يقوى به ما مضى من رواية (الأحكام) على رواية (المنتخب).

وأما وجهه على رواية (المنتخب) [٣]، فهو أن سبب الأب أوكد؛ لأنه لا خلاف أن نفقته تلزم - كافراً كان أو مسلماً - وليس كذلك حال سائر ذوي الأرحام، فوجب أن يكون استحقاقه أقوى، وليس ذلك إلا الحكم بلزوم نفقته على الأحوال كلها، ويؤكد ذلك بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنت ومالك لأبيك»، فاقتضى الظاهر أن يكون كل ما يملك ابنه الموسر له، فوجب أن يحكم[٤] له منه بتمام نفقته.

فصل: في شرط المنفَقِ عليه

لم يراعِ يحيى بن الحسين - صلوات الله عليه - لإيجاب النفقة على ذوي الأسباب غير إعسار المنفَق عليه فقط، وراعى فيه أبو حنيفة إن كان صغيراً، أو كان أنثى: الفقر فقط مثل ما راعيناه به، فإن كان ذكراً كبيراً، راعى فيه مع الفقر الزمانة.

ووجه ما ذهبنا إليه: أنه ممن يستحق عليه الإنفاق للرحم والإعسار، فوجب ألا يراعى لإيجاب نفقته على قريبه الموسر إلا الإعسار، دليله الإناث، وصغار الذكور، وأيضاً لا خلاف أن من يلزمه النفقة لقريبه[٥] المعسر لا يختلف ما يراعى من حاله، سواء كان ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، فوجب ألا يختلف ما لا يراعى من حال من

---

(١) في (أ): وإذا.

(٢) انظر: الأحكام ٤٩٦/١، ٤٩٧، وهو بالمعنى كما سبق.

(٣) انظر: المنتخب ٣٧٢.

(٤) في (ب): يحكم له بتمام.

(٥) في (ب): يلزم النفقة لقريبه لا.

يلزمه النفقة له في ذلك، والعلة أن كل واحد منهما يتعلق به حكم نفقة الإعسار.

فإن قيل: الذكر إذا كان كبيراً أمكنه التكسب، فلا وجه لإلزام نفقته غيره.

قيل له: والأنثى أيضاً إذا كانت كبيرة، والذكر وإن كان صغيراً، إذا كان خارجاً عن حد الطفوليَّة، فإن كل واحد منهما يمكنه التكسب، ولا خلاف أن النفقة تجب لهما، وإن لم يكن بهما زمانة، على أن الزمانة لو لم تكن في الآلة التي يحتاج إليها في التكسب، أمكنه التكسب، فسقط هذا الاعتراض، ويؤكد ما ذهبنا إليه أن الحقوق التي تختص الفقراء، كالزكوات، والعشور، والكفارات، والنذور، يستوي في استحقاقها الصغار والكبار، والذكور والإناث، فوجب أن يستووا فيما ذكرناه، وأيضاً النفقات موضوعة للمواساة، والمعونة، كتحمل[1] العاقلة جناية من يعقلون عنه، ثم وجدنا ما يعقل من الجنايات لا ينفصل فيها[2] أحوال هؤلاء، بل يجب أن يستووا، فوجب أن يكون ذلك شاهداً لما ذهبنا إليه في النفقات، على أن عموم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة /٢٣٣)، يدل على صحة ما قلناه في هذا الباب.

---

(١) في (ب): كتحميل.

(٢) في (ب): لا ينفصل في أحوال.

باب القول في نفقة الرضيع

مسألة: في وجوب الرضاعة على الأم

إذا ولد المولود، وجب على أمه أن ترضعه اللبأ، وذلك يكون مقدار يوم إلى ثلاثة /٢٠٩/ أيام، ويجب بعد ذلك على الأب أن يستأجر من يرضعه. والأم أولى أن تُسْتَأجَر لإرضاعه إن طلبته، يحكم لها بذلك على الأب بعد فراقه لها حتى يفصل الولد، ويكون ذلك إذا أتى عليه حولان.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[١].

ووجه ما قلناه من أن على الأم أن ترضع ولدها اللبأ: ما استقر في العادة أن غير اللبأ من الألبان لا يقوم مقام اللبأ في التغذية والتقوية، وفي قطعه عن الولد الإضرار[٢] به، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ (البقرة /٢٣٣).

ووجه تقديره باليوم الواحد إلى ثلاثة أيام: أن الصبي يستغني عنه في غالب العادة إذا أرضع[٣] هذه المدة.

وقلنا: إن على الأب أن يستأجر من يرضعه؛ لأنه لا خلاف في ذلك، ولأن الإرضاع[٤] ليس هو من موجب النكاح، وقد دل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ (الطلاق /٦).

وقلنا: إن الأم أولى أن تستأجر إن طلبته؛ لأنها على الولد أحنى وأدنى إلى دفع المضار عنه؛ لأن الولد قد يعَاف لبن غير أمه، وقد نهى الله تعالى الوالد عن المضارة بالولد، كما نهى الوالدة بقوله: ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ

---

(١) انظر: المنتخب ٣٧٠ - ٣٧١.

(٢) في (ب): إضرار.

(٣) في (ب): رضع.

(٤) في (ب): الرضاع.

﴿لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فأمر [(١)] بإتيانهن الأجور متى اخترن الرضاع، وروي عنه – صلى الله عليه وآله وسلم –: «لا توله والدة عن ولدها»[(٢)]، ولأنه منهي عن التفريق بينهما في السبي.

وقلنا: إن ذلك إلى غاية مدة الرضاع؛ لأن حكم الإرضاع قائم فيها، وجعلنا أمدها حولين لقوله سبحانه: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة /٢٣٣)، وسنورد في هذا أتم من هذا البيان في باب الرضاع – بعون الله تعالى –.

مسألة: في من ينفق على الرضيع إذا لم يكن له والد

قال: فإن لم يكن له والد، وكان له مال أنفق عليه من ماله، وإن لم يكن له مال، كانت نفقته على قريبه من ورثته، يُحكم بها على قدر مواريثهم.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [(٣)].

قلنا: إن لم يكن له والد، وكان له مال، أنفق عليه من ماله؛ لأنه لا خلاف فيه، ولأن المرء أولى بماله، ولأن إضاعته غير جائزة، ولا يلزم ورثته الإنفاق عليه ليساره، فلم يبقَ إلا أن ينفق عليه من ماله.

وقلنا: إنه إن لم يكن له مال، كانت نفقته على ورثته؛ لما بيناه قبل هذا في النفقة على ذوي الأنساب[(٤)]، فلا وجه لإعادته.

مسألة: في نفقة الأب على ولده

قال: وإذا كان للرجل ولد، وجبت[(٥)] عليه له النفقة حتى يبلغ، سواء كان للولد مال، أو لم يكن له مال، إذا كان موسراً، فإما إذا كان معسراً، فله أن ينفق على نفسه وعلى ولده من ماله بالمعروف.

---

(١) في (ب): يأمر.

(٢) أخرجه البيهقي ٥/٨

(٣) انظر: المنتخب ٣٧٢.

(٤) في (ب): الأسباب.

(٥) في (ب): وجب عليه النفقة.

وجميعه منصوص عليه في (المنتخب)[١].

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه من أن الأب يلزمه الإنفاق على الولد الصغير، كان له مال، أو لم يكن: قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (البقرة /٢٣٣)، فنهى سبحانه الأب عن الإضرار بولده، فاقتضى ظاهره منعه من إنفاق مال الولد على الوالد[٢]؛ لأن ذلك يكون إضراراً، من حيث ينتقص بالمال[٣]، وإذا ثبت ذلك، ثبت أنه يلزمه الإنفاق عليه من مال نفسه، وذلك عام في الأولاد أجمع على جميع الأحوال، إلا حيث منع الدليل.

فإن قيل: فإنه يلزمكم أن تقولوا: إن ذلك يلزم الوالدة والوارث، فقد قال الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾، ثم قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

قيل له: هو مخصوص بدلالة الإجماع والاتفاق، فلا معترض علينا به.

ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، ثم قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة /٢٣٣)، وهذا عام في الوالدات[٤] المطلقات، والزوجات، وفي الأولاد الذين لهم أموال، والذين لا أموال لهم، فإذا ثبت ذلك، لم يلزم والد الصبي لأمه المطلقة بعد انقضاء عدتها إلا على وجه الإنفاق على الولد، وإذا ثبت ذلك، ثبت وجوبه على الوالد، سواء كان الولد له مال، أو لا مال له، بعموم الآية، فثبت صحة ما قلناه.

ويدل على ذلك ما روي عن أبي هريرة: أن رجلاً جاء إلى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: معي دينار، فقال: أنفقه على نفسك، ثم قال: معي آخر، فقال: أنفقه على أهلك، ثم قال: معي آخر، قال: أنفقه على ولدك، ثم قال: معي آخر، قال: أنفقه على عبدك، ثم قال في الخامسة: أنت أعلم[٥]. فدل ذلك على

---

(١) انظر: المنتخب ٣٧٢.

(٢) في (ب): الولد.

(٣) في (ب): المال.

(٤) في (أ): وهذا عام في الزوجات المطلقات.

(٥) أخرجه البيهقي ٤٦٦/٧، والنسائي ٣٧٥/٥، وأبو يعلى ٤٩٣/١١.

وجوب الإنفاق على الولد، فقيراً كان أو غنياً؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يستثنِ غني الأولاد من فقيرهم.

فإن قيل: فإنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يستثن الكبير من الصغير، ومع هذا لا توجبون عليه الإنفاق على الكبير إذا كان واجداً.

قيل له: الظاهر يقتضي ذلك، لكنَّا خصصناه بالدلالة، وأيضاً هي نفقة تجب على المنفق في حال إعساره ويساره، فوجب ألا يسقطها مجرد يسار المنفَق عليه، دليله نفقة الزوجات.

فإن قيل: أليس الأب لو كان معسراً، وكان للابن مال، لم تلزمه نفقته، فقد انتقضت العلة.

قيل له: نحن ذكرنا أن مجرد اليسار لا يسقطها، وفيما سألتم عنه سقطت لانضمام يسار الولد إلى إعسار الوالد، فسقط ما ادعيتموه من النقض، وأيضاً الوالد يملك على ولده الصغير عامة تصرفه ، فوجب أن يلزمه[1] نفقته، وإن كان واجداً، دليله الزوجة، يكشف ذلك، ويوضحه أنه لا خلاف في أن العبد لو تزوج بحرة، لم يلزمه نفقة ولده منها لَمَّا لم يملك عليه تصرفه، وكذلك الحر لو تزوج الأمة، واسترق ولده منها، لم يلزمه نفقته حتى يملك عليه تصرفه، فوضح بذلك أن الحكم تعلق بما ذكرناه.

وقلنا: إن الوالد إذا كان معسراً، أو كان الولد موسراً، سقطت نفقته؛ لأنه لا خلاف فيه.

وقلنا: إن للوالد أن ينفق على نفسه وعلى الولد بالمعروف، لما بيناه من أن نفقة الوالد[2] إذا كان معسراً تلزم الابن الموسر، وإن كان صغيراً.

وقلنا: إن للأب أن ينفق على نفسه؛ لأنه ولي ابنه الصغير، واشترطنا أن ينفق بالمعروف؛ لأنه الواجب دون ما زاد عليه، وليس للولي أن يأخذ من مال الصبي إلا ما يجب دون ما زاد عليه؛ لأنه لا ولاية لأحد على الصبي فيما يضره.

---

(١) في (أ): أن لا.

(٢) في (ب): الأب.

باب القول في الحضانة

مسألة: في أولى الناس بحضانة الولد

أم الصبي أولى به إلى أن يعقل، ويطيق الأدب ما لم تتزوج.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب)[١]، وذكر إطاقة الأدب في (الأحكام)[٢]، وعبر عنه في (المنتخب)[٣] بأن قال: إلى أن يعقل ويقوم بنفسه، وفسر ذلك أبو العباس الحسني في (النصوص) فقال: هو أن يأكل، ويشرب، ويلبس بنفسه، وحكي نحوه عن أبي حنيفة.

ما ذكرناه من أن الأم أولى ما لم تتزوج مما لا أحفظ فيه خلافاً.

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة /٢٣٣)، وقال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، إلى قوله: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ (الطلاق /٦)، فأمر تعالى بإيتائهن أجورهن إن أرضعن، ولم يُجِز العدول عنهن إلا عند التعاسر.

ثم ما روي[٤] فيه عن النبي صلى الله عليه وآله /٢١١/ وسلم، رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينـــزعه مني، فقال لها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[٥]، فجعل الحضانة لها ما لم تنكح، وهذا نص فيما ذكرناه، ولأن الأم أحنى عليه، وأرفق به، ما لم تتزوج، ولأنها إذا تزوجت، اشتغلت عنه بزوجها، فلو أبقيناها على الحضانة،

(١) انظر: المنتخب ٣٧١.
(٢) انظر: الأحكام ٤١١/١.
(٣) انظر: المنتخب ٣٧١.
(٤) في (ب): روى عن.
(٥) أخرجه الحاكم ٢٢٥/٢، وأبو داود ٢٨٣/٢، والبيهقي ٤/٨، وأحمد ١٨٢/٢.

كنا أدخلنا على المولود الضرر، ولا ولاية لأحد على الصغير فيما يضره.

وقلنا: إن ذلك لها إلى أن يستقل الولد بنفسه؛ لأن الولد إذا بلغ ذلك المبلغ، استغنى عن الحضانة، فوجب أن ينقطع عنه ولاية الحضانة، ولأنه لا خلاف في الذكر أنه إذا بلغ ذلك المبلغ، انقطع عنه حق الأم من الحضانة، فكذلك الأنثى، والمعنى استقلال الولد بنفسه، وكذلك لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن حضانة الأخت والخالة تنقطع عن الذكر والأنثى إذا بلغ ذلك المبلغ، فكذلك حضانة الأم للعلة التي ذكرناها، ولأن الولد إذا بلغ ذلك المبلغ، يكون الأب أقدر على تأديبه وتثقيفه، فوجب أن يكون أولى به.

مسألة: في سقوط حق الأم في الحضانة بالنكاح

قال: فإن تزوجت، فالأب أولى به منها ومن أمها، وكذلك لو طلقها الزوج الثاني، فالأب أولى به[1].

وهذا منصوص عليه في باب تخيير الغلام من (المنتخب)[2].

أما ما ذهبنا إليه من أن حقها من الحضانة يبطل إذا تزوجت، فمما لا أحفظ فيه خلافاً، ويدل على ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، فجعلها أحق به بشرط ألا تنكح، فإذا زال الشرط، زال المشروط، ولأن في ذلك ضرراً على المولود.

وقلنا: إن الزوج الثاني وإن طلقها، لم يَعد حقها من الحضانة - خلافاً لأبي حنيفة، والشافعي - لقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، فجعلها أحق به بشرط ألا تنكح، فلم يستثن حالها إن طلقها الزوج الثاني، فوجب أن يجرى ذلك على عموم الأحوال، ويدل على ذلك أيضاً ما أجمعوا عليه أن تزوجها بغير أبيه يُبطل حقها من الحضانة ما دامت زوجة له، فكذلك إذا طلقها، والمعنى حصول تزوجها بغير أبيه، وأيضاً لو أبرأت زوجها من مهرها، لم يعد وجوب المهر،

---

(١) في (أ): أولى به من أمها.

(٢) انظر: المنتخب ١٨٦.

وكذلك الحضانة إذا بطلت بالتزويج، لم تعد، والعلة أنها أبطلت حقها بأمر هو مباح.

فإن قيل: فهذا ينتقض بإبرائها زوجها من النفقة؛ لأن لها أن تطالب بها متى شاءت.

قيل له: الإبراء لا يصح إلا مما وجب من نفقتها، ولم يرجع، وإنما لها أن تطالب بها فيما بعد، لأن الإبراء لم يتناوله، وكذلك [١] القَسْم إن سألوا فيه، كان الجواب ما ذكرناه.

فإن قيل: الناشزة تبطل نفقتها بالنشوز، ثم إذا عادت إلى زوجها، وجبت[٢] نفقتها.

قيل له: هذا لا يعترض علتنا؛ لأنا اشترطنا فيها أنها أبطلت حقها بمباح، والنشوز محظور.

ويشهد لما ذكرناه سائر ما يبطل الحقوق، كالعفو عن القصاص، أو الدية، أو ترك الشفعة، أو إبطال الخيار فيما للإنسان فيه الخيار.

فإن قيل: إنما أوجب[٣] التزوج قطعَ حقها من الحضانة؛ لأنها إذا تزوجت، اشتغلت عن الولد، فإذا طلقها زوجها، زال ذلك المانع، فوجب أن تعود كما كانت.

قيل له: لا يمتنع أن الذي ذكرتم قد أوجب قطع حقها، وإن كان له موجب آخر، وهو أن تزوجها يكشف من حالها أنها قليلة الاهتمام بأمر ولدها، غير مفكرة في /٢١٢/ إضاعته، وإذا كان ذلك كذلك، فطلاق الزوج الثاني لا يمنع ما انكشف من حالها، فلذلك لا يجب أن يعود حقها من الحضانة، وأيضاً لا خلاف أن فراق الزوج لا يوجب الحضانة لمن يكون معها من هو أولى بالحضانة منها، فكذلك الأم، فإذا ثبت بما بيناه أن حقها من الحضانة لا يعود بفراق زوجها لها، كان ذلك حكم أمها - جدة الصبي - إذ لم يفصل أحد بين المسألتين، وإذ هي كالقائمة مقامها، فإذا لم يكن لها حق، لم يكن لمن يقوم مقامها.

---

(١) في (أ): فكذلك.

(٢) في (ب): وجب.

(٣) في (ب): وجب.

مسألة: في ذكر أهل الحضانة على الأولوية

قال: وإذا[١] ماتت الأم، كانت الجدة أم الأم أولى به، فإن لم يكن جدة، فالأب، فإن لم يكن أب، فالخالة أخت الأم، فإن لم يكن خالة، كان الأولى به الأقرب فالأقرب من قِبل الأب، والجدات من قبل الأم أولى به تخريجاً.

قال في (المنتخب)[٢]: والخالة أولى بالصبي بعد الجدة من الأب، ثم الأب أولى به بعد الخالة من غيرها.

ما ذكرنا من أن الجدة أولى به من بعد الأم منصوص عليه في (الأحكام)[٣] و(المنتخب)[٤]، وما ذكرناه من أن الأب أولى به من الخالة منصوص عليه في (الأحكام)[٥]، ومروي فيه عن القاسم - عليه السلام - وذكره أيضاً في (المنتخب)[٦] في باب تخيير الغلام، وقال في (الأحكام)[٧]: ثم بعد الخالة الأقرب، وقاله أيضاً في (المنتخب)، وزاد: من قبل الأب.

وقلنا: إن الجدات من قِبَل الأم أولى به تخريجاً؛ لأنه نص في (الأحكام) و(المنتخب) أن الجدة أم الأم أولى بعد الأم، وكل واحدة[٨] منهن يجري عليها اسم الجدة، واسم الأم، نص علي ذلك في كتاب النكاح من (الأحكام)[٩] عند ذكر تحريم الأمهات.

وأما ما ذهبنا إليه من أن الجدة هي أولى بعد الأم، فمما لا خلاف فيه، وما قلناه من أن الأب أولى بعد الجدات من الخالة، فإن الأب قد جمع الولاية والولادة، فهو

---

(١) في (ب): إن.
(٢) انظر: المنتخب ١٨٦.
(٣) انظر: الأحكام ٤٦٨/١.
(٤) انظر: المنتخب ١٨٦.
(٥) انظر: الأحكام ٤٦٨/١.
(٦) انظر: المنتخب ١٨٦ ، ٣٧٦.
(٧) انظر: الأحكام ٤٦٨/١.
(٨) في (أ): جدة.
(٩) انظر: الأحكام ٣٤٣/١.

أحق من الخالة التي لا ولادة لها ولا ولاية؛ لأن الاتفاق حاصل أن الجدة أم الأم أولى من الخالة، وهي إنما تتقرب بالأم، فالأب أحرى أن يكون أولى به من الخالة، ولأن حنو الآباء على الأولاد بعد الأمهات أتم، وإشفاقهم عليهم أعظم، فوجب أن يكونوا أولى.

ووجه ما ذكر في (المنتخب) من أن الخالة أولى من الأب: ما روي أن علياً، وجعفراً - عليهما السلام - وزيد بن حارثة - رضي الله عنه - لما اختصموا في ابنة حمزة، فقال علي: عندي ابنة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - وهي أحق بها، وقال جعفر - عليه السلام -: عندي خالتها وهي أحق بها، (وقال زيد: هي ابنة أخي)[١]، فقضى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بأن تكون مع جعفر - عليه السلام - عند خالتها، وهي أحق بها، « فإن الخالة أم »[٢]، فلما جعلها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أماً، وثبت أن الأم أولى من الأب، قلنا: إن الخالة أولى منه.

فأما إطلاقه في (الأحكام) أن الأولى بعد الخالة الأقرب فالأقرب، فالمراد به إذا كن نسوة من قِبل الآباء ومن قبل الأمهات، فإن الحضانة للأقرب فالأقرب من غير مراعاة بين[٣] أن تكون من قِبَل الأب، أو من قِبَل الأم.

وأما قوله في (المنتخب): الأقرب فالأقرب من قِبل الأب، فإن أبا العباس الحسني - رضي الله عنه - حمله على أن المراد به إذا انقطعت حضانة النساء بألا توجد واحدة منهن، وصارت إلى الرجال، فيكون الأولى بها العصبات، وهو صحيح؛ لأنه إذا لم يبقَ من النساء أحد، فالعصبة أولى بالحضانة من سائر رجال ذوي الأرحام؛ لِما لهم من مزية الولاية، ولأن الولد منهم، ومنسوب إليهم، وهم الذين يعقلون عنه.

قال أبو العباس الحسني - رحمه الله -: هذا في الذكور، فأما في الإناث، فيراعى في

---

(١) سقط من (ب) ما بين القوسين.

(٢) أخرجه البخاري ٩٦٠/٢، وابن حبان ٢٢٩/١١، والحاكم ١٣٠/٣، والبيهقي ٥/٨، وأبو داود ٢٨٤/٢، والنسائي ١٢٧/٥، وأحمد ١١٥/١، وفيها: وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي.

(٣) في (ب): مراعاة أن.

العصبة أن يكون مَحرَماً، كالأخ، والعم، فأما ابن العم، فلا حق له في حضانة الجارية، والخال وأبو الأم أولى منه، والأخ من الأم أولى منهما على ما رتبه في (النصوص).

مسألة: في حضانة من أطاق الأدب

قال: وإذا أطاق الصبي الأدب، فالأب أولى به، فإن لم يكن أب، فالأم ما لم تزوج، أحبَّ الصبي أم كرهه، فإن تزوجت الأم، خيِّر الصبي بين أمه وعصبته.

/٢١٣/ جميعه منصوص عليه في (الأحكام)[١] و(المنتخب)[٢]، قال الشافعي: إذا بلغ الصبي هذا المبلغ، خير بين أمه وأبيه، وعندنا أن الأب أولى من غير تخيير، وبه قال أبو حنيفة في الولد الذكر.

ووجه ذلك: أن حق الأم من الحضانة قد انقطع لما بيناه، ولأن الشافعي أيضاً لا يجعل الحضانة لها إلا مع خيار الولد، فلو كان حقها باقياً، لم يخير الولد، كما لم يخير قبل ذلك، وإذا ثبت انقطاع حقها، كان الأب أولى، لأن ولايته عليه باقية حتى يبلغ، فيستحق الولد لما له من مزية الولاية؛ ألا ترى أن حقها لما انقطع بالتزويج، صار الوالد أولى منها، وإن كان الولد طفلاً؟ فكذلك إذا استغنى بنفسه، والعلة أن استحقاقها الحضانة على الإطلاق زائل.

فإن قيل: فقد روي عن أبي هريرة أنه قال: جاءت امرأة إلى النبي – صلى الله عليه وآله وسلم – فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد [أن]يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال رسول الله: استَهِمَا عليه، فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي – صلى الله عليه وآله وسلم –: هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به[٣]، فقد خيره رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – بين أمه وأبيه، وهذا خلاف مذهبكم.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤١١ – ٤١٢، ولكنه لم يذكر أن الصبي إذا أطاق فالأب أولى به، وذكره في الأحكام ١/٤٠٥ في أولاد الحرة من العبد إذا أعتق.

(٢) انظر: المنتخب ٣٧١.

(٣) أخرجه الحاكم ٤/١٠٨، والدارمي ٢/٢٢٣، والبيهقي ٨/٣، وأبو داود ٢/٢٨٣، وأحمد ٢/٢٥٦.

قيل له: يجوز أن يكون خيره لأنه كان قد بلغ، وملك أمره، ويدل على ذلك قول أمه: إنه قد سقاني من بئر كذا، والأغلب فيمن يرد الآبار، ويستقي أن يكون بالغاً.

فإن قيل: لو كان قد بلغ، لم يكن للتخيير معنى.

قيل له: ليس الأمر كذلك، فإن أكثر التخيير يكون مع البلوغ، وحين يملك المخير أمره؛ ألا ترى أنا نُخيِّر الصغيرة إذا زوجها أخوها، أو عمها، إذا بلغت وملكت أمرها، ولا خلاف بيننا وبينكم في الأمة البالغة إذا عتقت[1] تحت العبد أنها تخير؟

فإن قيل: فقد روي عن عمارة بن ربيعة قال: قتل أبي، فخاصم عمي أمي فيَّ إلى علي - عليه السلام - ومعي أخ لي صغير، فخيرني علي - عليه السلام - فاخترت أمي، وقال: لو بلغ هذا، لخيرته[2].

قيل له: يجوز عندنا أن التخيير بين الأم والعصبة على ما نذكره من بعد هذا الفصل، فلا معترض[3] علينا فيه، لأنه[4] يحتمل أن يكون قد بلغ، على أنه قد ذكر في بعض الأخبار عن عمارة أنه قال: كنت ابن سبع أو ثمان، فإن صح ذلك، حمل على ما نذكر من بعد.

وقلنا: إنه إن لم يكن له أب، فالأم أولى به - ما لم تتزوج - حتى يبلغ؛ لأن حق الحضانة وإن كان منقطعاً، فإنها تكون أولى بإمساكها، للمزية التي لها وهي[5] فضل حنوها، وشفقتها عليه، ولأن كون الولد عندها أرفق به، فتكون[6] بالمزية لها أولى بالولد من عصبته.

وقلنا: إنها إن تزوجت، خير بينها وبين عصبته؛ لأن المزية التي كانت للأم تكون[7] قد زالت على ما تقدم بيانه، لأن تزوجها يدل على قلة فكرها فيه، وضعف إشفاقها

---

(١) في (أ): أعتقت.
(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٥٦/٧.
(٣) في (أ): يعترض.
(٤) في (ب): على أنه.
(٥) في (أ): هذا.
(٦) في (أ): فتكون هي.
(٧) في (أ): للأم قد زالت.

عليه، ولأنه لا رفق له في أن يكون مع زوج أمه، فإذا ثبت زوال تلك المزية، استوى حالها وحال العصبة، فلم يكن أحدهما أولى به من صاحبه، فوجب التخيير كما يخير بين الأبوين إذا بلغ لاستواء حالهما في حق الإمساك، وعلى هذا يحمل تخيير أمير المؤمنين - عليه السلام - عمارة بين أمه وعمه، ونقول: إنه يجوز أن تكون أمه كانت قد تزوجت.

مسألة: في حضانة ولد العبد من الحرة

قال: وإذا كانت الحرة تحت العبد، فأولدها، كانت الأم أولى بالولد، وإن عقل، وأطاق الأدب، ما دام الأب عبداً، فإن عتق، صار أولى به من الأم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [١].

ووجهه: ما قد بيناه من أن الولد إذا استغنى بنفسه، كان الأب أولى به من الأم لما له من مزية /٢١٤/ الولاية، وأنه إذا لم يكن له أب، فالأم أولى به، وقد ثبت أن العبد لا حظ له في الولاية على وجه من الوجوه، بل[٢] لا يملك أمر نفسه،فهو في هذا الباب بمنزلة الميت، فلذلك قلنا: إن الأم أولى به[٣].

وقلنا: إنه إذا أعتق،صار أولى به من الأم، لأنه إذ ذاك سبيله سبيل الأحرار في حصول الولاية له، فيجب أن يكون أولى بالولد[٤] من الأم كسائر الأحرار.

مسألة: في منع الزوج زوجته من حضانة ولدها من غيره

قال: وإذا تزوج الرجل امرأة لها ولد من غيره، لم يكن له أن يمنعها من تربيته، إلا أن يقيم بإذنها من يقوم مقامها في الحضانة.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٥].

---

(١) انظر: الأحكام ٤٠٥/١.

(٢) في (ب): إذ.

(٣) في (ب): منه.

(٤) في (أ): بالولاية.

(٥) انظر: المنتخب ١٣٢.

ووجهه: أن خلاف ذلك يؤدي إلى إتلاف الأولاد إذا لم يكن لهم من يكفلهم، ولأن حضانتهم إذا لم يكن لهم من يكفلهم واجبة على الأم، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ (البقرة /٢٣٣)، قال يحيى بن الحسين - عليه السلام -: وروي أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - لما تزوج بأم سلمة، أقام من يكفل ولدها برضا منها، فكذلك[1] قلنا: إن لزوجها أن يقيم من يكفل برضا منها.

مسألة: في استرضاع الكافرة

قال: ولا يجوز استرضاع الكافرة إلا عند الضرورة.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[2]، وهو قول الناصر - عليه السلام -.

ووجهه: أنه قد ثبت أن الكفار أنجاس، فيجب أن يكون لبن الكافرة نجساً، والنجس محرم علينا، ولا خلاف أنه يلزمنا أن نجنب أولادنا ما يحرم علينا، كشرب الخمر، وأكل الميتة، ولحم الخنزير، إلا عند الضرورة، فلذلك منعنا استرضاع الكافرة إلا عند الضرورة.

---

(١) في (ب): فلذلك.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٨٥.

باب القول في الرضاع

مسألة: في ما يُحرِّم من الرضاع

يحرم من الرضاع ما قل أو كثر، إذا رضع الصبي في الحولين.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [1] و(المنتخب) [2]، وهو قول زيد بن علي، والقاسم، والناصر - عليهم السلام - وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، ومالك. قال الشافعي: لا يحرم أقل من خمس رضعات، وحكي عن قوم ثلاث رضعات.

والأصل فيما ذهبنا إليه: قول الله تعالى في آية التحريم: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء /٢٣)، فعلق سبحانه التحريم بالإرضاع والرضاعة، فكلما انطلق عليه اسم الرضاعة، والإرضاع، فيجب أن يكون مُحرِّماً بحكم الآية، وقد علمنا أن الاسم يقع على القليل والكثير.

ويدل أيضاً على أن الاسم ينطلق على الرضعة الواحدة: ما روي عن ابن الزبير قال: « لا تحرم الرضعة والرضعتان »، فأجرى الاسم وإن كان يعتقد أنه لا تحرم، وهو من أهل اللسان، وكذلك روي عن ابن عمر لما بلغه ذلك: قضاء الله أولى من قضائه، قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾، فبين أن المفهوم من قوله﴿أرضعنكم﴾ ما يحصل من قليله أو كثيره.

فإن قيل: فإن الله تعالى قال: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، و لم يقل: اللاتي أرضعنكم أمهاتكم، فيجب أن يثبت الأمومة أولاً، ثم يكون لإرضاعها حكم، وهذا لا يثبت من طريق اللغة، فيجب أن يرجع فيه إلى الشرع، فبطل تعلقكم بظاهر الآية.

---

(١) انظر: الأحكام ٤٨٢/١ ، ٤٨٣.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٧.

قيل له: إذا ثبت أن الأمومة تحصل بنفس[1] الرضاع، صح تعليق الحكم عليه، فلا فصل بين تقديم ذكر الأمهات على ذكر الإرضاع، أو ذكر الإرضاع على ذكر الأمهات، فإذا ثبت ذلك، بان أن تعلقنا بالآية صحيح، ويدل على ذلك أيضاً ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، وقد مضى ذكره في أول[2] كتاب النكاح، فعلق الحكم على الجنس، فوجب أن يدخل فيه القليل كالكثير، وهكذا[3] في حديث زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: «أما علمت أن الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب»[4].

وروي عن أمير المؤمنين - عليه السلام - أنه قال: « الرضعة الواحدة كالمائة الرضعة »[5].

وروى زيد بن /٢١٥/ علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أنه قال: « ما كان من رضاع في الحولين، حرم » وهذا يقتضي القليل والكثير.

فإن قيل: فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تحرم الرضعة، ولا الرضعتان»[6]، وروي: «لا تحرم المصة، ولا المصتان»[7]، وروي: «الإملاجة، والإملاجتان»[8].

قيل له: هذه الأخبار تحج الشافعي من وجه، وذلك أن مذهبه القول بدليل الخطاب، فدليل الخطاب في هذه الأخبار أن الثلاث تحرم، (فإذا ثبت أن الثلاث

---

(١) في (ب): بيقين.
(٢) في (أ): في كتاب.
(٣) في (أ) و (ب): وهذا ، وظنن على هكذا .
(٤) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب الرضاع.
(٥) أخرجه محمد بن منصور في الأمالي ٥٦/٣.
(٦) أخرجه مسلم ١٠٧٤/٢، وابن حبان ٤١/١٠، وأبو عوانة ١١٨/٣، والبيهقي ٤٥٨/٧، والدارقطني ١٧٣/٤، وابن ماجة ٦٢٤/١.
(٧) انظر التخريج السابق .
(٨) أخرجه الدارقطني ١٧٣/٤، والنسائي ٢٩٩/٣، والبزار ١٨٢/٣، وأحمد ٣٩٩/٦.

تحرم)[1] فلا خلاف بيننا وبينه أن الثالثة كالأولى؛ لأنه لا يوجب التحريم بأقل من خمس رضعات، وأيضاً قوله: «المصة والمصتان»، لا يتناول موضع الخلاف؛ لأنا لا نختلف في أن المصة لا تحرم شيئاً، وأن الْمُحرِّم هو حصول اللبن في جوف الرضيع[2]، فيحمل على هذا أن يكون - صلى الله عليه وآله وسلم - سُئل عن المصة والمصتين إذا لم يعلم حصول اللبن في الجوف عندهما فقال: «لا تحرم المصة، والمصتان»، ويحتمل أن يكون من سمع ذلك رواه بلفظ الرضعة اعتقاداً بأن معناهما واحد، ولم يعلم أنه خرج على السبب، وقصر عليه.

وأيضاً روي عن ابن عباس أنه سئل عما روي من قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا تحرم الرضعة، والرضعتان»، فقال: قد كان ذلك، ثم نسخ، فأخبر أنه منسوخ، فدل ذلك على أنه عرف التاريخ فيه والنسخ.

فإن قيل: روي عن عائشة أنها قالت: كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن (عشر رضعات يحرمن)، فنسخ (بخمس معلومات يحرمن)، فتوفي رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - وهن مما يقرأ من القرآن، وكن في صحيفة تحت السرير، فلما اشتغلنا بموت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - فدخلت داجن فأكلته[3].

قيل له: هذا الخبر لا يصح التعلق به لوجوه:

منها: أن ظاهره يقضي بفساده، وذلك أنه لو كان مما يقرأ من القرآن، لم يجز أن يكون طريقه خبر الواحد، ولا يجوز أيضاً أن يضيع حتى لا تثبت إلا من طريق امرأة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ (الحجر /٩).

ومنها: أنها أخبرت أن العشر نُسخت بخمس، وهذا لا نمتنع منه، إلا أنا نقول: إن الخمس لو ثبتت، لكانت منسوخة؛ لقول ابن عباس في الرضعة والرضعتين: لا تحرم،

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ب).

(٢) في (ب): الصبي.

(٣) أخرجه مسلم ١٠٧٥/٢، وابن حبان ٣٦/١٠، وأبو عوانة ١١٩/٣، والترمذي ٤٥٥/٣، والنسائي ٢٩٨/٣.

وأنها منسوخة، فلئن وجب أن يقبل قول عائشة إن العشر نسخت بخمس، لوجب أن يقبل قول ابن عباس في النسخ، ويؤيد ذلك ما روى أبو العباس الحسني في (النصوص) بإسناده، عن الليث، عن مجاهد، عن علي - عليه السلام - قال: « يحرم قليل الرضاع ما يحرم كثيره »[١].

ويؤكد ذلك ما روي أن عقبة بن الحارث قال: يا رسول الله، إني تزوجت امرأة، ودخلت بها، فأتت امرأة سوداء، فزعمت أنها أرضعتني وامرأتي، وإني أخاف أن تكون كاذبة، فقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: « فكيف به وقد قيل»[٢]: ففارقها الرجل، فدل ذلك على أن الحكم يتعلق بما سمي رضاعاً؛ لأنه - صلى الله عليه وآله وسلم - لم يقل سلها عن عدد الرضعات.

ويؤكد ذلك ما روي من قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما الرضاعة من المجاعة»[٣]، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما الرضاع ما أنبت اللحم، وأنشز العظم»[٤]، فالقليل يأخذ بقسطه من سد الجوعة، وإنبات اللحم، وإنشاز العظم، ومما يدل على ذلك أن الرضاع سبب يوجب التحريم المؤبد بنفسه، فوجب ألا يكون التكرير شرطاً فيه. دليله الجماع في تحريم الربائب، والعقد في تحريم أمهات النساء، وحلائل الآباء والأبناء، وليس يلزم عليه التحريم الواقع بالطلاق الثالث؛ لأنه غير متأبد، ولا يلزم عليه أيضاً تحريم اللعان، وأنه يتعلق بتكرير اللعان؛ لأن ليحيى - عليه السلام - فيه روايتين، إحدى الروايتين أن ذلك التحريم فيه[٥] غير مؤبد يجوز ارتفاعه بإكذاب الزوج نفسه، والرواية الثانية أنه مؤبد، وعلى هذه الرواية

---

(١) أخرجه الدارقطني ١٧١/٤، وعبد الرزاق ٤٦٩/٧.

(٢) عزاه في موسوعة أطراف الحديث (٥٧٣/٥) إلى مسند أحمد بن حنبل ٣٨٤/٣ بلفظ: «فكيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما».

(٣) أخرجه البخاري ٩٣٦/٢، ومسلم ١٠٧٨/٢، وأبو عوانة ١٢٣/٣، والدارمي ٢١٠/٢، وأبو داود ٢٢٢/٢.

(٤) أخرجه البيهقي ٤٦١/٧، والدارقطني ١٧٢/٤، وأحمد ٤٣٢/١، وابن أبي شيبة ٥٤٨/٣، والطبراني في الكبير ٩١/٩.

(٥) سقط: فيه من (ب) .

أيضاً لا يلزم؛ لأن تحريم اللعان عندنا لا يقع بنفس اللعان - رواية واحدة - وإنما يقع بتفريق الحاكم، ويرجح قولنا أنه حاظر، وفيه احتياط، واشترطنا أن يكون ذلك في الحولين لما ستذكره في المسألة التي تليها/٢١٦/.

مسألة: في الرضاع بعد الحولين

قال: فإن أرضع بعد استكمال الحولين، لم يحرم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) و(المنتخب)[١]، وهو قول القاسم، والناصر[٢]، والأظهر من قول عامة أهل البيت - عليهم السلام - وبه قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وقال أبو حنيفة: مدة ذلك ثلاثون شهراً، وحكى أبو الحسن الكرخي عن زفر أنه ما استغنى به عن التغذي بغيره، إن كانت ثلاث سنين.

والدليل على ما ذهبنا إليه: قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ (البقرة /٢٣٣)، فجعل تعالى رضاع الحولين[٣] تمام الرضاع، والمراد به أنه تمام شرعاً؛ إذ لا وجه له يصح حمله عليه غير ما ذكرناه، ولأنه لا يصح أن يقال: إنه تمام التغذية، ولأنه لا فصل في ذلك بين مدة الحولين، وبين الأقل منها، والأكثر، وكذلك لا يصح أن يقال: إنه تمام من طريق العادة؛ لأن عادات الناس في الإرضاع تختلف فمن الناس من يرضع أقل من حولين، ومنهم من يرضع أكثر من ذلك، فلم يبقَ إلا ما ذكرناه، على أن الأولى في خطاب الله تعالى وخطاب رسوله أن يحمل على ما يفيده الشرع، دون مالا تعلق للشرع به، فكان حمله على ما ذكرنا أولى، فإذا ثبت بما بيناه أن الرضاع الذي يتعلق به الحكم الشرعي يتم بانقضاء الحولين، ثبت أن ما بعده ليس برضاع يتعلق به الحكم الشرعي، لأن[٤] تمام الشيء يكون بوقوع آخر جزء من أجزائه، فإذا وقع آخر جزء من أجزائه، فلا حكم لما بعده، وفي الآية وجه آخر من

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤٨٣- ٤٨٤، والمنتخب ١٣٨ .

(٢) في (ب) : وهو قول الإمام الناصر.

(٣) في (أ): حولين.

(٤) في (أ): أن.

الدلالة وهو أنه تعالى لما قال: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ (البقرة /٢٣٣) دل ذلك على أن الرضاع قد تم من جميع الوجوه إلا ما خصه الدليل، فوجب أن يكون قد تم من حيث يتعلق به.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن اسم التمام قد يطلق على الشيء وإن لم يكن تم إذا قارب التمام، كما روي عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال: «من أدرك عرفة، فقد تم حجه»، وكما روي: «من رفع رأسه من السجدة الأخيرة، فقد تمت صلاته»، كل ذلك المراد به مقاربة التمام؟

قيل له: هذا لا يصح في الموضع الذي اختلفنا فيه لوجهين:

أحدهما : أن ذلك وإن استعمل على سبيل التوسع والمجاز، فإنما يستعمل إذا كان الباقي يسيراً، فأما إذا بقيت ستة أشهر، فذلك لا يستعمل فيه.

والوجه الثاني : أنه وإن استعمل فيه، فعلى سبيل الاتساع والمجاز، ولا تصرف الآية عن الحقيقة إلى التوسع إلاَّ بالدلالة.

فإن قيل: ما أنكرتم على من قال لكم: إن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، يقتضي تحريم الرضاع سواء كان في الحولين، أو بعدهما؛ لحصول الاسم؟

قيل له: هذه لا يصح لكم التعلق بها على أصولكم؛ لأنكم تجعلون ما يجري مجراها مجملاً من الآيات[1] وهكذا قلتم في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ (المائدة /٣٨)، و[قوله تعالى]: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ (النور /٢)، وقلتم لما ثبت أن الحكم يتعلق بالزنى والسرقة على شروط لا تُعرف من الظاهر، نحو ألا يكون المرضَع كبيراً، وأن تكون التي أرضعته ، أرضعته[2] من لبن نفسها، فكل ذلك لا يعقل من الظاهر، فإذا ثبت

(١) في (أ): اللعان.
(٢) في (ب): التي أرضعته من.

ذلك، ثبت أنه لا يصح لكم التعلق بما تعلقتم به، فإن امتنع منهم من هذا الأصل ممتنع، وقال: إنه يصح التعلق به، قيل له: هو مخصوص بما بيناه ونبينه من بعد.

فإن قيل: فلستم باعتراضكم بالآية التي اعتمدتموها على الآية التي تعلقنا بها بأولى منا إذا اعترضناكم بالآية التي اعتمدناها على الآية التي اعتمدتموها.

قيل له: لا سواء، وذلك أن الآية التي اعتمدناها أخص بموضع الخلاف، وفيها بيان مقدار المدة التي تنازعنا[1] فيها، وليس كذلك الآية التي اعتمدتموها، فصار استدلالنا بها أولى.

ومما يدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «لا رضاع بعد فطام»[2]، و((لا رضاع بعد فصال))[3]، وقد /٢١٧/ بينا أن الرضاع الذي يتعلق به الحكم الشرعي ينقضي بانقضاء الحولين، فيجب أن يكون بعد الفطام، فإذا ثبت ذلك، ثبت ألاَّ رضاع بعده لقوله: «لا رضاع بعد فطام».

فإن قيل: لو كان الرضاع يتم، وينقضي بانقضاء الحولين ، لم يكن لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ (البقرة /٢٣٣) معنى؟

قيل له: لسنا نقول: إن كل رضاع ينقضي بانقضاء الحولين ولا ينقضي قبل انقضائهما، وإنما نقول ذلك في الرضاع الذي يتعلق به التحريم، فبطل[4] هذا السؤال.

وروي عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليه السلام - في قوله تعالى: ﴿وَالْوالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، قال: «الرضاع سنتان، فما كان من رضاع في الحولين، حرَّم، وما كان بعد الحولين، فلا يُحرِّم»[5].

وأيضاً لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أن الرضاع الواقع في آخر السنة الثالثة لا يحرم، فكذلك الواقع في أولها، دليله الرابعة وما بعدها، يكشف صحة اعتبارنا السنة

---

(١) في (أ) : تنازعناها .

(٢) أخرجه الدارقطني ١٧٥/٤، وعبد الرزاق ٤٦٤/٧، والطبراني في الأوسط ٣٣٧/٦.

(٣) أخرجه البيهقي ٣١٩/٧، وابن ماجة ٦٢٦/١، وعبد الرزاق ٤٦٤/٧، والطبراني في الصغير ١٥٨/٢، والطيالسي ٢٤٣/١.

(٤) في (أ): فيبطل.

(٥) مسند الإمام زيد كتاب النكاح باب الرضاع.

الأولى والثانية؛ لأن التحريم لما تعلق بالرضاع الواقع في أولهما، تعلق بالرضاع الواقع في آخرهما، واستوت أحوال أولهما وآخرهما في هذا الباب، على أنه لا دليل إلا ما ذكرناه يقتضي الفصل بين الزمان الذي يحرم فيه الرضاع، والزمان الذي لا يحرم فيه الرضاع، فوجب أن يكون الرجوع إليه؛ لأن الذي يذهبون إليه من التقدير لا دليل عليه، وهم أيضاً لا ينكرون أن ذلك مما لا دليل عليه، حتى قال أبو بكر الجصاص: إنه اجتهاد، وإنه لا يجب أن يكون عن دليل، ويقوى ذلك بقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِيْ عَامَيْنِ﴾ (لقمان /١٤)، مع قوله ((لا رضاع بعد فصال))، وكل ما ذكرناه من الآية والخبر يحج زفر، وكذلك يحج عائشة ومن تابعها على قولها يجوز إرضاع الكبير، فأما ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال لسهلة بنت سهيل بن عمرو زوجة أبي حذيفة بن عتبة: «أرضعي سالماً خمس رضعات»[1] فقد روي أنها خاص بها، وانعقاد الإجماع بعدها يفسد قولها، ويسقطه.

واستدل يحيى - عليه السلام- بما أخبرنا به أبو عبدالله النقاش، حدثنا الناصر للحق - عليه السلام - عن محمد بن منصور، حدثنا أحمد بن عيسى، عن حسين، عن أبي خالد، عن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً أتى علياً - عليه السلام - فقال: «إن لي زوجة، وإني أصبت جارية[2]، فأتيتها يوماً، فقالت: لقد أرويتها من ثديي، فما تقول في ذلك؟ فقال علي - عليه السلام -[3]: انطلق فخذ بأي رجلي أمتك شئت، لا رضاع إلا ما أنبت لحماً، أو شد عظماً، ولا رضاع بعد فصال».

مسألة: في أن الرضاع يُحرِّم على الفحل

قال: ويحرم الرضاع على الفحل، كما يحرم على المرأة، وتحريم الرضاع كتحريم النسب سواء.

---

(١) أخرجه ابن حبان ٢٨/١٠، والحاكم ١٧٧/٢، والبيهقي ٤٥٩/٧، وأبو داود ٢٢٣/٢، والنسائي ٢٩٨/٣، وأحمد ٢٠١/٦.

(٢) في (أ): خادمة.

(٣) في (ب): - عليه السلام - فخذ.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام) [(١)]، وهو قول زيد بن علي، والناصر للحق - عليه السلام - وعامة الفقهاء، وحكي عن صاحب الظاهر أنه لا يحرم عليه، وحكى أبو بكر الجصاص أنه قول مالك في عدة من المتقدمين.

ووجه ذلك: ما روي عن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها فحجبته، ثم عرَّفت رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - ذلك فقال: «ائذني له»، وفي بعض الأخبار: «لا تحتجبي منه، فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». وقد مضى اسناده في أول كتاب النكاح، وزوجة أبي القعيس هي التي كانت أرضعت عائشة، فدل ذلك على أنها حرمت على أبي القعيس؛ لكونها محرمة على أخيه أفلح، فبان به صحة ما ذهبنا إليه، ويدل على ذلك مجرد قوله - صلى الله عليه وآله وسلم-: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». فكما أن ابنة الرجل نسباً محرمة عليه، يجب أن يحرم عليه ابنته من[(٢)] الرضاعة.

ويدل على ذلك أن الولادة لما كانت سبباً يوجب انتشار /٢١٨/ الحرمة، اشترك الوالدان في حرمته، فوجب أن يشتركا في حرمة الرضاع؛ لأنه سبب يوجب انتشار الحرمة، وكذلك الوطء الموجب للحرمة يشترك في حرمته الرجل والمرأة، فوجب أن يكون الرضاع كذلك.

فإن قيل: اللبن للمرأة دون الرجل؛ بدلالة أنها تأخذ بدل إرضاعها الولد.

قيل له: لا معتبر بما ذكرت، وذلك أن لبن الأمة يكون لسيدها في باب التصرف فيه، وإن كان لا يوجب الحرمة إذا لم يكن من سيدها، وإنما المعتبر أن يكون سبب نزوله من الرجل الذي يثبت لوطئه حكم.

وما قلناه: من أن تحريم الرضاع كتحريم النسب هو جملة تفصيلها قد تقدمها وتأخر عنها، فلا وجه لإفراده بالقول، وهذه الجملة هي التي نص عليها النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - بقوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

---

(١) انظر: الأحكام ٤٨٥/١.

(٢) في (ب): ابنته رضاعاً.

مسألة: في المرأة ترضع أكثر من واحد

قال: ولو أن امرأة أرضعت صبياً وصبية في وقتين متقاربين أو متباعدين، سواء كان اللبن لولد، أو لولدين، حرم التناكح بينهما، وكانا أخوين، وكذلك لا يجوز لهما أن يتزوجا ولد هذه المرضعة، ولا ولد زوجها الذي[1] أرضعت بلبنه.

جميعه منصوص عليه في (الأحكام)[2] و(المنتخب)[3] في مواضع مختلفة.

ووجه قولنا: إنَّ تباعد وقت الرضاع كتقاربه في إيجاب الحرمة: أن الله تعالى قال: ﴿وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (النساء /٢٣)، وقال - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». وليس في الآية الأولى، ولا في الخبر، اشتراط تقارب مدة الرضاعين، فيجب أن يستوي حكم التقارب والتباعد.

وكذلك ما روي أن رجلاً جاء إلى النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - فقال: إن امرأة سوداء ذكرت أنها أرضعتني وزوجتي، فلم يقل النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - إنها تُسأل عن وقت إرضاعها لهما، على أن الرضاع إذا ثبت أنه كالولادة في باب التحريم، وقد علمنا أن تباعد زمان الولادة كتقاربه، وجب أن يكون الرضاع كذلك؛ إذ المعتبر بحصول الاشتراك في السبب[4] الموجب للتحريم، دون اعتبار ما بين الوقتين من المدة، على أنه لا اشتباه أنها إذا أرضعتهما معاً كانا أخوين، فكذلك إذا أرضعتهما في وقتين متباعدين لأنهما قد اشتركا في لبن امرأة.

وقلنا: إنهما لا يتزوجان ولد هذه المرضعة لما بينهما من أخوة الرضاع، وقد قال - صلى الله عليه وآله وسلم - في ابنة حمزة: «إنها ابنة أخي من الرضاعة».

وقلنا: لا يتزوجان ولد زوجها الذي أرضعت بلبنه؛ لما بينا من تحريم لبن الفحل، فلا وجه لإعادته.

---

(١) في (ب): التي.

(٢) انظر: الأحكام ١/٤٨٥ - ٤٨٦.

(٣) انظر: المنتخب ١٣٧.

(٤) في (أ): النسب.

مسألة: في نكاح إخوة المرضَع لأولاد مرضعته

قال: فإن كان لهذا المرضَع أخ أو أخت لم يرضعا معه، جاز[١] لهما أن يتزوجا ولد هذه المرضعة.

وهذا منصوص عليه في (المنتخب) [٢].

ووجه ما قلناه: أنهما أجنبيان، ولا اشتراك بينهما في الرضاع، فلا أخوَّة بينهما، يبين ذلك أن أقوى حال الرضاع أن يكون كحال النسب في التحريم، وقد علمنا أن رجلاً لو كانت له أخت من أبيه، وأخ من أمه، لجاز له أن يزوج أخته من أبيه أخاه من أمه، إذ لا اشتراك بينهما في الولادة، وإن كان كل واحد منهما مشاركاً لمن شارك صاحبه، فوجب أن يكون ذلك حكم الرضاع، وألا يكون بين الذَين ذكرناهما تحريم، كما أنه لا تحريم بينهما لو كان بدل الرضاع ولادة.

مسألة: في سقي الرضيع ما حلب من المرأة

قال: ولو أن امرأة سقت الصبي لبنها باللخاء، كان ذلك والإرضاع سواء في التحريم.

وهذا منصوص عليه في (الأحكام)[٣] و(المنتخب)[٤]. قال أبو العباس الحسني: وكذلك السعوط تخريجاً[٥]، وذلك إن علم أنه جرى في الحلق، ووصل الجوف منه شيء.

ووجهه: أن الاعتبار بوصول اللبن إلى جوف الصبي على وجه يغذي دون ما سواه، فكل لبن جرى في الحلق، ووصل إلى المعدة، حصل له حكم التحريم، يبين ذلك قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنما الرضاعة من المجاعة»، وقوله: «الرضاع ما أنبت اللحم، وأنشز العظم»، ولا فصل في ذلك بين أن يرتضعه من الثدي، أو يستقي باللخاء.

---

(١) في (ب): كان.

(٢) انظر: المنتخب ١٣٧.

(٣) انظر: الأحكام ٤٨٢/١.

(٤) انظر: المنتخب ١٣٧.

(٥) نص عليه في المنتخب ١٣٧.

فصل: في لبن الميِّتة

حكى أبو /٢١٩/ العباس الحسني[١]، عنه القاسم – رضي الله عنهما – أنه قال في لبن الميتة: إنه يُحرِّم، وبه قال أبو حنيفة. قال الشافعي: إنه لا يحرم[٢].

ووجه ما ذهبنا إليه: أن التحريم يتعلق بحصول اللبن في جوفه، فلا فرق بين أن يكون لبن الحية، أو الميتة.

ويمكن أن يحرر القياس فيه بأن يقال: هو لبن آدمية، فوجب أن يصح تعلق التحريم به، دليله لبن الحية، على أنه لا خلاف أنه لو أُخذ في قارورة وهي حية، ثم سُقي الصبي بعد موتها، أن التحريم يقع به، فكذلك إذا أخذ منها وقد ماتت؛ لأن الحكم به يتعلق.

فإن قيل: وطء الميتة، والعقد عليها، إذا لم يوجبا التحريم، فكذلك لبن الميتة؟

قيل له: قد بينا أن التحريم يتعلق بحصول اللبن في جوف الصبي، واللبن لا يلحقه حكم الموت؛ لأنه لا حياة فيه، بدلالة أنه يؤخذ من الحي فلا[٣] يألم به، كما قلناه في الصوف والشعر، فوجب ألا يكون فرق بين أن يؤخذ من الحية أو الميتة، وليس كذلك حال الوطء والعقد؛ لأن التي يتعلقان بها إذا ماتت تغير حكمهما، على أنه لا فرق بين أن يخرج الولد من الحية أو الميتة في الجميع، لما كان في حكم المنفصل عنها، وكذلك اللبن.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، فنسب الإرضاع إليهن، وعلَّق الحكم به، والميتة ليس لها[٤] إرضاع.

قيل له: لا خلاف أنه لو أخذ من النائمة، والمغمى عليها، وسقي الصبي، يقع التحريم، وكذلك لو أخذ منها وهي حية، ثم يسقى الصبي بعد موتها، فبان أن الحكم

---

(١) في (أ): حكى أبو العباس الحسني – رحمه الله – عن القاسم – رضي الله عنه –.
(٢) في (ب): لا يحرم.
(٣) في (أ): ولا.
(٤) في (أ): منها.

يتعلق بحصول اللبن في جوفه دون أن يكون من صاحبة اللبن الإرضاع، على أنه لا فصل في التحريم بين الأم التي يكون منها الإرضاع، وبين الأخت التي لا إرضاع منها، فبان أن الحكم متعلق بما ذكرناه دون أن يكون للمرضعة في الإرضاع فعل.

مسألة: في إرضاع المرأة زوجها في الحولين

قال: وإذا أرضعت المرأة زوجها في الحولين، صارت أمه من الرضاع، وانفسخ النكاح بينهما، ولم يجز للرجل الذي أرضعته بلبنه أن يتزوجها بعد ذلك.

نص عليه في (المنتخب) (١). وقال في (الأحكام) (٢): له أن يتزوجها، ولا صداق لها على الصبي؛ لأن الفسخ كان من قبلها.

ما ذكرناه من انفساخ النكاح بين التي أرضعت زوجها في الحولين وبين زوجها، فلا خلاف فيه، ولا إشكال؛ لتنصيص الله تعالى على تحريم الأمهات اللاتي أرضعن بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (النساء /٢٣)، وهذه قد صارت أمه من الرضاعة، فوجب أن يبطل النكاح الذي كان بينهما.

ووجه ما ذكره في (المنتخب) من أنها لا تحل لزوجها الذي أرضعت بلبنه: هو أن المرضَع صار ولداً على ما بيناه في(٣) لبن الفحل وقد قال الله تعالى: ﴿وَحَلائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾ (النساء/ ٢٣)، وقال النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فإذا ثبت ذلك، حرمت المرأة؛ لأنها صارت حليلة ابنه، ولا خلاف أن المرضَع لو زوج بعد الرضاع امرأة أنها تحرم على الذي أرضع بلبنه، فكذلك التي ذكرناها، والعلة أنها امرأة ملكها ابنه من الرضاعة بعقد النكاح.

ووجه رواية (الأحكام): أن كونه ابناً له من الرضاعة صادف فسخ النكاح بينه وبين المرأة، فلم يحصل المرضع مالكاً لعقد نكاحها، مع أنه ابن من أرضع بلبنه فلم تكن المرأة على هذا قط حليلة ابنه، لأن المرضَع لما صار ابنه، خرجت المرأة عن أن

---

(١) انظر: المنتخب ١٣٨.

(٢) انظر: الأحكام ١/ ٣٩٠.

(٣) في (أ): من.

تكون له حليلة فلم يجب أن تتناوله الآية، وأيضاً حالها حال حليلة الأجنبي، وقياس عليها بمعنى أن من له بنوة[١] لم يملك عقدة نكاحها - يعني في حال ما صار ابناً له - فأشبهت حليلة الأجنبي في أنه يجوز له نكاحها.

وما ذكرناه من[٢] أنه لا صداق لها؛ لأن الفسخ كان من قِبَلها، فهو صحيح على الروايتين، وهو مما لا أحفظ فيه خلافاً؛ لأنه قد ثبت أن كل فسخ يكون من قبل المرأة لا يوجب شيئاً من المهر للتي لم يدخل بها، كما نقول في المرتدة ونحوها.

مسألة: في إرضاع الزوج بعد الحولين

قال: فإن أرضعت زوجها بعد الحولين، أو سقته لبنها طالبة لفراقه، لم تحرم عليه، وجاز للزوج أن يؤدبها.

وهذا على أصله في الرضاع إذا وقع بعد الحولين، لم يكن له حكم، وقد مضى الكلام فيه مستقصى، فلا وجه لإعادته، فإذا ثبت ذلك، ثبت صحة ما ذكرناه من أنها لو أرضعت زوجها بعد الحولين لم تحرم عليه.

وقلنا: لزوجها أن /٢٢٠/ يؤدبها لما ذكره يحيى بن الحسين[٣] - عليه السلام - من[٤] الحديث عن علي - عليهم السلام - أن رجلاً سأله فقال: إن لي زوجة ذكرت أنها أرضعت جارية لي، فقال له علي - عليه السلام -: ائت جاريتك، فلا رضاع بعد فصال، وأنل زوجتك عقوبة ما صنعت. وفي بعض الأخبار: أحسن أدب زوجتك. ولأنها قصدت ما ليس لها من الإضرار بزوجها.

مسألة: في المرأة تدعي إرضاع رجل وزوجته

قال: ولو أن امرأة قالت: أرضعت رجلاً وزوجته، استحب له أن يفارقها احتياطاً، فإن قامت بذلك بينة، بطل النكاح بينهما.

---

(١) في (أ): بنوته.

(٢) في (ب): في.

(٣) انظر: الأحكام ٤٨٤/١ ، ٤٨٧.

(٤) في (أ): في.

نص في (الأحكام)[1] على هذه المسألة، وذكر فيها أن الاحتياط[2] ما قلناه، لكنه لم يصرح أن النكاح لا يبطل إلا بقيام البينة بالإرضاع، إلا أن تنصيصه في (الأحكام) في غير هذا الموضع [3] لم يصرح على أن شهادة المرأة الواحدة تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، كالتصريح بما ذكرناه، وعلى هذا حصَّل المذهَب أبو العباس الحسني - رضي الله عنه -.

ووجه الاحتياط فيه: ما روي عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم -: أن عقبة بن عامر حين ذكر له أن امرأة سوداء ذكرت أنها أرضعته وزوجته، وقال: أخشى أن يكون ذلك كذباً منها قال له: «كيف وقد قيل»؟ فنبه بقوله - صلى الله عليه وآله وسلم - أن الأَولى أن يفارقها عند اعتراض الشبهة.

فأما ما قلناه من أن النكاح يبطل بقيام البينة، فهو ما ثبت في سائر ما يطلع عليه الرجال من حقوق الأموال والنكاح أنه لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وأن شهادة النساء وحدهن لا تقبل، إلا فيما لا يطلع عليه الرجال، فإذا ثبت ذلك، وكان الرضاع مما يطلع عليه الرجال والنساء، ثبت أنه لا يثبت إلا بما يثبت به سائر ما ذكرناه في صحة ما /٢٢١/ قلناه.

تم الجزء الثالث من شرح التجريد، والحمد لله المبدِيء المعيد، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم، وكان إكمال هذا بقلم المفتقر إلى عفو الله أحمد بن عبدالرحمن الغالبي.

وذلك لأن الأصل المصور عليه لم يكن كاملاً، فأتم نسخه القاضي العلامة أحمد بن عبد الرحمن الغالبي.

---

(١) انظر: الأحكام ١/٤١٠ - ٤١١.

(٢) في (أ): أن الاحتياط.

(٣) في (أ): لم يصرح في غير هذا الموضع.

فهرس المواضيع